تحرير المجلة

من مؤلفات

الإمام

الشيخ آية الله

محمد حسين آل كاشف الغطاء

مطبوعات

مكتبة النجاح و مكتبة الفيروزآبادي

طهران «قم»

كلي

بسم الله الرحمن الرحیم

تحرير المجله

کاتب:

محمد حسین آل کاشف الغطاء

نشرت فی الطباعهٔ:

مکتبهٔ المرتضویه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

تحرير المجله

اشاره

شماره بازیابی : ۵۱-۸۱۰۶۰

وضعیت نمایه سازی : اطلاعات ثبت

شماره کتابشناسی ملی : ۲۸۷۰۸۱۹

عنوان و نام پدیدآور : تحریر المجله، تالیف آیهاله فقید محمدحسین آل کاشف الغطاء

مقطع و رشته تحصیلی : قضائی. عربی

ملاحظات: این کتاب در کتاب فروشی نجاح در تهران و کتابفروشی فیروزآبادی در قم افست شده است.

مشخصات نشر : عراق. نجف اشرف، المکتبه المرتضویه.۱۳۵۹. ج ۵

مشخصات ظاهری : ۱۱۴۶ ورق.

ص: ۱

الجزء الأول القسم الأول

اشاره

مقدمه الكتاب

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

أحمدك اللهم و أشكرك، و أستعين بك مصليا على نبيك و آله و صحبه الكرام، و بعد، فقد تكرر عليّ الطلب من بعض الشباب المهذب من طلاب الحقوق ان اكتب وجيزا فى الأحوال الشخصيه و المعاملات الماليه على طريقه فقه الإماميه و لما كانت (مجله العدليه) أو مجله الأحكام هى الكتاب المقرر تدريسه فى معاهد الحقوق من زمن الأتراك إلى اليوم نظرت فيه فوجدته مع حسن ترتيبه و تبويبه، و غزاره مادته محتاجا الى التنقيح و التحرير، و الإشاره الى ما فيه من الزياده و التكرير، و بيان مدارك بعض القواعد و الفروع و ذكر مبانيها حسب الفن من الأدله و الأصول، و الكتاب المزبور على ما يظهر من أسلوبه و يغلب عليه انه كتاب فقه لا تدوين قانون أوانه (فقه قانونى: أو قانون فقه) و على كلّ، فقد أمليت هذه الخواطر و جعلتها كتحرير لذلك الكتاب.

و الغرض المهم من ذلك. (أمران). (الأول) الشرح و التعليق عليه و حل بعض. معقداته و مشكلاته و [الثانى] بيان ما ينطبق منها على

مذهب الإماميه و ما يفترق، و عسى فى طى ذلك تستبين الموزن بين فقه سائر المذاهب الإسلاميه و فقه المذهب الجعفرى و ما فيه من غزاره الماده و سعه الينبوع، و كثره الفروع، و قوه المدارك و رصانه المبانى، و سمو المعانى، و مطابقه العقل و العرف فى الأكثر، و مع بعد النظر، على اننا لا نبخس حق القوم، و لكل وجهه هو موليها. و كلا وعد اللّه الحسنى و كل واحد من اعلام فقهاء الإسلام قد استفرغ معه وجد و اجتهد و سعى و كل سعيه مشكور و نسئله تعالى ان يجعل مساعينا خالصه لوجهه الكريم، و ان يلهمنا الحق و يصون أقلامنا و أقدامنا من خطوات الخطأ و عثرات الخطايا، و يجعله مؤلفاً نافعاً و أثرا خالداً و أقصى ما أرجوه من المطالعين الأفاضل و الشباب المهذب ان يتجردوا عند النظر فيه من بعض العواطف لنا أم علينا حتى ينظروا إلى الأشياء كما هى و يعطوها حقها بمعيار العدل و الإنصاف من دون إسراف و لا إجحاف اللهم أنت ولى فى الدنيا و الآخره توفنى مسلماً و ألحقنى بالصالحين

و قـد جرت عاده المؤلفين فى الغالب ان يـذكروا امام المقصود مقدمه تشـتمل على أمور تفيد مزيد بصـيره فى العلم و الكتاب و نحن بتوفيقه تعالى نـذكر من باب المقـدمه أموراً لعلها تنفع فى الغرض إن شاء اللّه (الأول) أهم شـى ء يلزم معرفته بادئ بدء. ان اللّه سبحانه لما تعلقت مشيئته بإيجاد هذا النوع و هو المسمى بالبشر و قضت حكمته ان يعمر به هذه الكره التى تسمى بالأرض و يمهـد له فيهـا وسائـل الرقى باختياره الى مـدارج القـدس و معارج السـعاده فى أولاه و أخراه لـذلك أودع فيه غرائز و أوضاع، و فطره على سـجايا و طبـاع، قمينه له بـالغرض الـذى خلق من اجله- فجعل فيه الشـهوه و الغضب و ما يتشـعب منهما من الحرص و الطمع و الطموح و التعالى و ما الى ذلک مما لسـنا بعدد إحصائه، و لكن لما كان من لوازم تلك الشـناشن التغالب و التكالب، و التشاحن و التطاحن، و سـعى بعض فى هلاك بعض و حب الأثره و الإمره، و كان إرخاء العنان لتلك الغرائز و تركها على رسلها ممـا يعود بنقض الغرض من خلق الإنسـان- لا ـ جرم احتـاجت القوتـان إلى قوه اخرى تكبـح طغيانهـا، و تمسك عنانها، و تعـدل أوزانهـا، فنفـخ فيه من روحه (القوه العـاقله) لتكون هى المسـيطره على جمـاح تلـك القوتين الجبـارتين، و لمـا كـانت قوه العقل البشرى نوعا محدوده، و حظيره إدراكاته ضيقه، و كثيراً ما تكون فى كثير من البشر ضعيفه، و ما أكثر ما تتغلب واحده من تينك القوتين على القوه العـاقله فيصـبح العقل أسـير الهوى و العاطفه- فكان من الضـرورى فى العنايه الأزليه مناصـره العقل بمساعـد و قائد برفده فى

مهمتین (الاولی) تعریفه مالا یصل إدراکه إلیه من مقادیر الخیر و الشر، و مقاییس السعاده و الشقاء (الثانیه) موازرته علی عاملیه، إذا تمردا علیه، و هما الشهوه و الغضب- الهوی و العاطفه فکان ذلک القائد و المساعد للعقل هم الأنبیاء و الرسل الذین جاءوا بالشرائع الإلهیه و أسباب سعاده البشر فی الحیاتین، و کانت عنایه الشریعه الإسلامیه بالأخص من بین سائر الشرائع السماویه قد اهتمت أشد الاهتمام بسن القوانین و الاحکام و حفظ هذه الحیاه حتی جعلتها فی کفه الحیاه الأخری بل أرجح منها فقالت (من لا معاش له لا معاد له) و قالت: لیس خیرکم من ترک دنیاه لآخرته و لا من ترک آخرته لدنیاه بل خیرکم من أخذ حظا من هذه و حظا من هذه، و اعمل لدنیاک .. و اعمل لآخرتک .. و فوق ذلک کله قوله تعالی وَ ابْتَغِ فِیمٰا آتٰاکَ اللّٰهُ الدّٰارَ الْآخِرَهَ وَ لٰا تَنْسَ نَصِیبَکَ مِنَ الدُّنْیٰا.

و فاقت علی الشریعتین قبلها فقالت: رهبانیه ابتدعوها. و لا رهبانیه فی الإسلام، و علی الذین هادوا حرمنا کل ذی ظفر، و ما عتم الیتیم الأمی صاحب الشریعه الإسلامیه أن أصبح مؤسس شریعه، و مشرع قوانین، و مجدد دین، و محیی امه، و منفذ احکام، و قاضی خصام، و رافع رایات و اعلام، و قائد جیوش، و محطم عروش و امام محراب، و شاهر حراب، و مروج تجاره، و معلم زراعه و صناعه، الی غیر ذلک من مقومات الحیاه المشترکه، و المنافع المتکافئه، و السعاده التی تنتظم الحیاتین، و تضمن الفوز فی النشأتین

کـل ذلـک لیعرف البشـر ارتبـاط هـذه الحیـاه بالأـخری و ان السـعاده هنـاک من هاهنا ثم لما کان من قضاء اللّه الأزلی و قـدره المحتوم ان لإقرار لأحـد فی هـذه الـدار و انها جسـر و قنطره إلی الـدار الأخری فمات الأنبیاء و هلک الحکماء و غاب الأولیاء و السـفراء، و لکن اللّه سـبحانه حی لاـ یموت، و حکمته فی خلیفته لا تعطل، و لما أزمع خاتم الأنبیاء علی الرحیل الی حوار ربه لم یترک أمته سدی، و لم یـدع الخلائق هملا، و لم تبطل بموته حجـج اللّه و بیناته، و براهینه و آیاته (فَلِلّهِ الْحُجَّهُ الْبالِغَهُ) بل ترک فیهم کتـاب اللّه و سـنته یسـتنبط منهـا العلماء احکام الوقائع المتجـدده، و القضایا الحادثه، و هؤلاء العلماء هم المجتهـدون، و إذا کانوا من أهل الورع و الصـلاح و حصلت لهم ملکه الاستنباط و استفراغ الوسع فی الاستخراج فهم ورثه الأنبیاء و مراجع الأمه، و خلفـاء الأـئمه، و مصابیـح الهـدی (و فی الحـدیث) (مجاری الأمور بأیـدی العلماء) و مـدادهم أفضل من دماء الشـهداء و من هنا نعرف ان الاجتهاد باب رحمه علی العباد، و ما زال باب الاجتهاد مفتوحا عنـد الإمامیه من عهـد صاحب الرساله إلی الیوم و لکن هـذه القضـیه بیننا و بین إخواننا المسـلمین من بقیه المـذاهب قد تورطت بین تفریط و إفراط (فالامامیه) فتحوا باب الاجتهاد علی مصراعیه حتی ادی ذلک الی الفوضی المضره و صار یدعیه، حتی من لا یصح ان

يطلق عليه اسم المتفقه فضلا عن الفقيه، و بقيه المسلمين قد سدوا باب الاجتهاد بتاتاً و اقتصروا على المذاهب الأربعه، و قد ضاع الاعتدال و الوسط فى هذه الناحيه كما ضاع فى غيرها، و لا حول و لا قوه.

(الثانى) ان مدار العقود و المعاملات على الأموال و ليس للمال حقيقه عينيه خارجيه كسائر الأعيان تتمحض فى الماليه تمحض سائر الأنواع فى حقائقها النوعيه، و انما هو حقيقه اعتباريه ينتزعها العقلاء من الموجودات الخارجيه التى تتقوم بها معايشهم و تسد بها حاجاتهم الضروريه و الكماليه فمثلًا الحبوب و الأطعمه مال لان البشر محتاج إليها فى اقواته و حياته و هكذا كل ما كان مثل ذا من حاجات الملابس و المساكن و نحوها قد انتزع العقلاء منها معنى وصفيا عرضيا يعبر عنه بالمال و هو من المعقولات الثانويه باصطلاح الحكيم، و لما كان مدنيه الإنسان لا تتم إلا بالحياه المشتركه و هى تحتاج الى المقابضه و التبادل فى الأعيان و المنافع و كان التقابض بتلك الأعيان و هى العروض مما لا- ينضبط أرادوا جعل معيار يرجع إليه فى المعاملات و يكون هو المرجع الأعلى و الوحده المقياسيه فاختاروا الذهب و الفضه و ضربت سكه السلطان عليهما لمزيد الاعتبار فى ان يكون عليهما المدار فماليتهما أمر اعتبارى محض لا فرق بينهما و بين سائر المعادن و غيرها من حيث الذات و الحقيقه، و لذا فى هذه العصور حاول بعض الدول قلب الاعتبار الى الورق و لكن مع الاعتماد عليهما و مهما يكن الأمر، فإن المال لما كانت حقيقته تقوم على الاعتبار فكما اعتبروا الأجناس الخارجيه مالا فكذلك اعتبروا ذمه الرجل العاقل

الرشـيد مالا و لكن مع الالتزام و التعهد فإذا التزم لک الثقه الأمين بمال فی ذمته وثقت به و جعلته كمال فی يدک أو صندوقک و كذا العقلاء يعتبرون ان لک مالا عنده اما من لا عهده له و لا ذمه كالسفيه و المجنون و الصغير بل و السفله من الناس الذين لا قيمه لأنفسـهم عنـدهم الذی يعدک و يخلف و يحدثک فيكذب، و يلتزم لک و لا يفی بالتزامه فهؤلاء لا ذمه لهم و لا شـرف و التزامهم عنـد العقلاـء هبـاء و لاـ يتكون من التزامهم عنـد العرف مـال: فالمـال إذاً نوعان خارجی عينی و هو النقود و العروض و اعتباری فرضـی، و هو ما فی الذمم اعنی الالتزام و العهده و الالتزام تأثيره لا ينحصر بالمال بل يتمطی و يتسع حتی يحتضن جميع العقود بل و كافه الإيقاعات: الا تری ان البيع إذا صـهره التمحيص لم تجد خلاصـته الا تعهداً و التزاما بان يكون مالک للمشتری عوض مـاله الـذی التزم انه لـک فيترتب علی هـذا الاـلتزام مبـادله فی المـالين بانتقال مال كل واحـد إلی الآخر و بتحقق النقل و الانتقـال كـأثر لـذلک الاـلتزام و هكـذا الإجـاره و الجعـاله بـل و الإيقاع كالعتق و الإبراء بل و النكاح و الطلاق كلها تعهـدات و التزامـات و إبرام و نقض و حـل و عقـد تبـانی عقلاء البشـر من جميع الأمم و العناصـر علی اتباعها و العمل بها كقوانين لازمه. و دساتير حاسـمه. يسـقط عن درجه الإنسانيه من لا يلتزم بها فی كل عرف و لغه ثم لما انبثق نور الإسـلام بشـريعته الغراء أكدت و أبـدت تلـک الوضـعيه الحكيمه و القاعـده القويمه و أقرت العرف علی معاملاـتهم و ألزمتهم بتعهـداتهم و التزامـاتهم بعمومـات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) و نظائرها الا

ما ورد النهى عنه بالخصوص كبيع الربا و بيع الضـرر و أمثاله. فإن أطلقت العقد لزمك الاحتفاظ بالتزامك أبداً و ان جعلت لك خيـاراً أو جعله الشـارع لـك جـاز لـك نقضه إذا شـئت. و حيث عرفت ان العقود ليست سوى التزامـات يسـتبين لك انها تحقيقاً ليسـت سـوى نسـب و إضافـات ضـروره ان الالـتزام معنى يتقـوم بملـتزم و ملـتزم له و ملزم به مثلاـ البـائع و المشـترى و الـبيع أى المعـاوضه و المبادله و ما يقارب ذلك و مفاهيم هـذه العناوين اعنى بيع. معاوضه. مبادله. أيضا معانى نسبيه اضافيه تتقوم بطرفين عوض و معوض ثمن و مثمن. و هـذان همـا الركنـان فى عقود المعاوضـات لا البائع و المشترى بخلافه فى عقود المناكحات فان الأركـان هنـاك هو الزوج و الزوجه لاـ المهر و توابعه إذاً فاركـان العقـد فى الأـموال مطلقـا ثلاـثه- الصـيغه الـداله على الالـتزام بالمعـامله و العوضـان و همـا الثمن و المثمن و فى الزواج- الصـيغه. و الزواج. و الزوجه. و يعتـبر فى كـل واحـد من الأركـان فى المقامين شـروط و أوصاف لو اختل واحد منها بطل العقد. اما لو اختل شـرط فى غير الأركان و كانت الأركان بشـروطها حاصله لم يبطل العقد و لكن يحدث فيه خيار تخلف الشـرط. و ينقلب من اللزوم الى الجواز و يكشف ذلك عن وقوعه جائزاً. فالأصـل فى الالتزامات الزوم الا ان يجعل الشارع أو المتعاقـدان أو أحـدهما فيه حق الفسـخ فيكون جائزاً بالعرض أو يكون بحسب أصـل جعله عند العقلاء غير لازم و مبيناً على الجواز.

و أقصى مبالغ التحقيق ان المالك حين يخرج ماله عن ملكه تاره بقطع كل

علاقته منه و يجعل كل سلطته له على المال لغيره و اخرى يخرجه و يترك له ناحيه من تلك السلطنه الواسعه و هى حق استرداده أو حق فسخ العقد الذى وقع عليه و يكون أثره رجوع المال الى مالكه الأول على اختلاف القولين أو الاحتمالين فى حقيقه الفسخ، ثم ان بقاء هذه العلقه فى المال تاره بجعله أو جعل الشارع كما عرفت و اخرى تكون من خصوصيات ذات العقد و ذلك كما فى العقود الجائزه بطباعها كالهبه و العاريه و الوديعه و أمثالها و أكثر ما يكون ذلك فى العقود التبرعيه فالهبه مثلا من طبيعتها الجواز الا ان يعرض عليها ما يوجب لزومها مثل كونها معوضه أو لذى رحم عكس البيع الذى من طبيعته اللزوم الا ان يعرض عليه ما يوجب جوازه و كذا العاريه من طبعها الجواز و الرجوع بها متى شاء الا ان يلزمها الشرط كما ان من طبيعتها عدم الضمان الا ان تكون عاريه ذهب أو فضه و هذه الخصوصيات و الكيفيات اعتبرها الشارع و قيد بها تلك العقود العرفيه و ضبطها بتلك الحدود نظرا للمصالح العام حسب علمه و إحاطته فى الحقوق المشتركه و النظام الأتم.

و نحن حيث نتكلم فى أحكام العقود و المعاملات ننظرها من جهتين وجهتها العرفيه و وجهتها الشرعيه. فنأخذ بالاعتبارات العرفيه بوجه عام ثم نعقبه بالنظر فى الأدله الشرعيه و مالها من التصرف الخاص من منع بات أو اعتبار بعض القيود و الخصوصيات فنتبعه ان كان و الا فالعمومات تلزمنا بما عليه العرف العام فى معاملاتهم و عسى أن يأتى شى ء من شواهد ذلك إن شاء اللّه

(الثالث) يعرف الفقه بأنه معرفه الاحكام الشرعيه الفرعيه عن أدلتها التفصيليه: و هذا التعريف سواء كان سالما من النقد أو غير سالم فهو يعطى صوره إجماليه يتميز بها هذا العلم عن غيره من العلوم. و المراد بالمكلف هو البالغ العاقل القادر. و الأدله هى القواعد الممهده لتحصيل معرفه الحكم الإلهى الشرعى من الكتاب و السنه و الإجماع و العقل و الأحكام الشرعيه هى ما بلغه الرسول عن اللّه من القضايا المتعلقه باعمال المكلفين وضعا أو تكليفا. و الأحكام التكليفيه هى الخمسه المشوره التى يجمعها الاقتضاء و التخيير و الحكم الوضعى هو السبب و الشرط و المقتضى و المانع و الصحه و الفساد و البطلان و العله التامه و الاختلاف بين السبب و الشرط و بينه و بين المقتضى بالاعتبار و على كل فالأحكام الشرعيه هى التى شرعها سبحانه على لسان رسوله الظاهرى و الباطنى لحفظ نظام الهيئه الاجتماعيه للبشر و علاقتهم به جل شأنه أو علاقه بعضهم ببعض فهى إذاً لا تخلو اما ان تكون متعلقه بعمل يكون تمام الغرض منه صله العبد بربه و نفسه. أو صلته بأبناء جنسه. (الأول) هو العبادات كالصلاه و أخواتها (و الثانى) ما يكون أهم الغرض منه ضبط النواميس و أهمها ثلاثه. النفوس. و الاعراض. و الأموال. فما تعلق بالمال من حيث كسبه و تحصيله لا يخلو اما ان يكون بقول أو عمل. و الأول اما ان يكون متقوما بطرفين أو بطرف واحد. و الأول و هو العقود اما ان يكون مقابله مال بمال فهى عقود المعاوضات: و اما ان يكون المال من طرف واحد فهى عقود الارتفاق و المجانيات كالهبه و الصدقات و أمثالها. أما الذى

يتقوم بطرف واحد فهو الاسقاط و الإبراء و التعهدات الابتدائيه. اما مالا يحتاج الى القول من أنواع الكسب فهو العمل و هو اما ان يكون اختيارياً أو قهرياً. فالأول كالحيازه و الاصطياد و احياء الموات و أمثالها (و الثانى) كالإرث و الوصيه بناء على ما هو الأصح من عدم حاجتها الى القبول و منه الوقف على البطون بل و الزكوات و الأخماس و النذور فان جميع هذه الأنواع أسباب للملك القهرى من غير قول و لا عمل و اما ما يتعلق بالاعراض فهو النكاح الذى شرع لحفظ النسل و تكوين الأسر و العائلات الذى به عماره الدنيا و حفظ النوع البشرى و يتبعه أنواع الفرقه و الطلاق و الظهار و نظائرها و اما ما يتعلق بالنفوس فقد يكون فك نفس كالعتق و أخواته و قد يكون تدارك نفس كالديات و القصاص و الحدود. و ما كانت كل هذه الوسائل يستدعى المعاشره و المعاشره قد تفضى إلى المعاشره و هى تفضى إلى الخصومه لذلك جعل الشارع الحكومه و القضاء ليكون لها القول الفصل و القضاء الحاسم للخصومات فهذه جمله أبواب الفقه الذى يبحث فيه عن كل واحد من تلك العناوين و عن أحكامها و أدلتها و فروعها و قد جمعوها على الجمله فى أربعه (عبادات) و هى ما يكون الغرض المهم منها الطاعه و الامتثال و النفع الآخروى و (معاملات) و هى ما يكون الغرض المهم منها المال و تتوقف على طرفين و (إيقاعات) و هى نسب و إضافات يكفى فى تحقيقها طرف واحد و (احكام) و هى حدود و عقوبات و كل ذلك تقريبات يقصد منها الإشاره الإجماليه و بيان الوسائل

و الغایات و نقول فی بیان أوسع و اجمع ان الملحوظ فی الفقه هو النوامیس المقدسه و الشارع المقدس بحکمته الواسعه شرع العبادات تنویراً للقلوب و تربیه للأرواح. و تهذیباً للأخلاق، و أخذا بهذا النوع البشری من حضیض البهیمیه الی کمال الإنسانیه و الملکیه، و ربط المعاملات بالعقود حفظا للوئام و ضبطاً للنظام.

و جعل القصاص و الدیات احتفاظا بالنفوس، و بالجهاد و قتل المرتد حفظ الدین. و بتحریم المسکرات و حد شاربها حفظ العقل، و بتحریم الزنا و أخویه الخبیثین حفظ الأنساب و بتحریم الغصب و السرقه و قطع ید السارق حفظ الأموال و بتحریم الغیبه و البهتان و القذف و الحد علیه حفظ الاعراض، و بجعل منصب القضاء قطع التشاجر و الخصومات هذه فذلکه مهمات شریعه الدین الإسلامی و احکامه و فلسفه تشریعها و أنموذج إسرارها فهل تجد دینا أوسع و اجمع و ارصن و أتقن من هذا (الرابع) من الأمور، لن جمیع مدارک الاحکام و أدلتها ترجع الی قواعد و قوانین عامه بها یستنبط الحکم من الکتاب و السنه و تابعیهما العقل و الإجماع. و الأدله عندنا معشر الإمامیه تنحصر بهذه الأربعه. اما غیرنا من فقهاء الإسلام فقد یدخلون الظن و القیاس و الاستحسان مما ورد المنع الشدید فی اخبار أئمتنا سلام اللّه علیهم عن المیل الیه فضلا عن الاعتماد علیه (و الغرض) ان العمده فی استخراج الحکم و استنباطه من الأدله هی

تلک القواعد العامه و هی کثیره ذکرت المجله منها مائه ماده سیتضح لک فیما بعد تنقیح القول، و قد أفرد القواعد العامه بالتألیف جماعه من علمائنا الاعلام، و المطبوع المتداول منها (أربعه) (الأول) (عناوین) المیر فتاح المراغی و هو نفیس فی بابه جمع فیه کثیراً من القواعد الفقهیه و الأصولیه و أکثر من تقریرات درسی أستادیه جدنا موسی بن جعفر کاشف الغطاء و أخیه علی بن جعفر (الثانی) [العوائد] لمعاصره الملا مهدی النراقی رحمه اللّه و هو دون الأول فی الإتقان [الثالث] (تمهید القواعد) للشهید الثانی قدس سره (الرابع) (القواعد) للشهید الأول رضوان اللّه علیه و هو أتقن الجمیع، و علی غزاره ماده هذه المؤلفات قد بقی کثیر من القواعد العامه لم یتعرض لها و توجد جمهرتها فی کتب الأصحاب متفرقه فی أبواب الفقه، و علی کل، فنحن نشرع بتوفیقه تعالی بذکر مواد المجله و بیان ما عندنا من تفسیر أو ملاحظه ثم نعقبها بذکر ما یحضرنا من القواعد العامه الکلیه التی اعتمد علیها أصحابنا قدست أسرارهم جمیعاً منها ما تیسر و حظر

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم و له الحمد

[مائه مادّه]

(ماده ۲) الأمور بمقاصدها

هذا مأخوذ من الحديث النبوى المشهور: إنما الأعمال بالنيات.

و لكل امرء ما نوى. و لكن مورد هذه الأحاديث فى غير العقود و المعاملات من العبادات و العادات مثلا الإحسان إلى شخص ان كان النيه و القصد منه التقرب إليه فالأجر عليه و ان كان القصد التقرب الى اللّه فاجره على اللّه و هو أول حديث فى صحيح البخارى: إنما الأعمال بالنيات و ان لكل امرء ما نوى فمن كانت هجرته الى دنيا يصيبها أو الى امراه ينكحها فهجرته الى ما هاجر إليه الى آخره، و الغرض من هذه الأحاديث بيان وجه القصد لا بيان اعتبار القصد و لزومه إذ هو ضرورى من العقلاء و يستحيل صدور عمل من العاقل الغير الغافل بغير قصد

(ماده ۳) العبره فی العقود للمقاصد و المعانی: لا للألفاظ و المبانی.

اعتبار القصود فی العقود مما لا شک فیه و لا ریب بمعنی ان العقـد إذا خلی من قصد فهو لغو بل کل کلام کذلک و لکن اناطه المدار فی العقد علی القصد وحده دون اللفظ غیر صحیح کیف و قد ورد فی السنه الصحیحه (انما یحرم الکلام و یحرم الکلام) بـل لاـ یتحقق العقـد الاـ باللفـظ الخـاص و لکن مع القصـد فالقاعـده الصـحیحه هنا هی ما عبر عنها فقهاؤنا بقولهم: العقود تابعه للقصود یریـدون ان کـل معامله کالبیع و الإجاره و الرهن لها ألفاظ تخصـها بحسب الوضع و الشـرع یعبر عنها بالعقـد و لکنها لا تؤثر الأثر المطلوب من ذلک العقـد الا بقصـد معناه من لفظه فلو لم یقصـده أو قصد معنی آخر کما أو قصد من البیع الإجاره أو من الإجـاره البیع و لو مجـازاً کان باطلا لا ان المـدار علی القصـد وحـده دون اللفظ کما فی ماده المتن اما المثال الـذی ذکره و سماه بیع الوفا و یسـمی عند الإمامیه بیع الخیار فهو عند فقهائنا أجمع بیع حقیقه و لا یجری علیه شی ء من احکام الرهن و سیأتی تحقیق ذلک فی محله إن شاء اللّه

(ماده ۴ و ۵ و ۶) هذه القواعد الثلاث کلها ترجع إلی أصل واحد و هی الاستصحاب

و وجوب إبقاء ما کان علی ما کان المأخوذ من أحادیث لا تنقض الیقین بالشک و بناء العقلاء علی عدم رفع الید عن الأمر الذی کـان متیقنا بعروض الشک فیه و یمکن ان یرجع إلیها أیضا أصل براءه الـذمه المـذکوره فی (الماده ۸) بـل و إلیها یرجع أیضا ما فی (الماده ۹) بل و (الماده ۱۰) بل و (۱۱) فان مرجع الجمیع الی

الاستصحاب و قوله: الأصل اضافه الحادث إلى أقرب أوقاته هى القاعده المعروفه عندنا بأصاله تأخر الحادث مثلا إذا شككنا ان زيدا مات فى هذه السنه فيرث أباه الذى قد مات فى السنه التى قبلها أو مات قبل سنتين فلا يرث نحكم باستحقاقه الإرث لأصاله تأخر الحادث و مرجع ذلك الى الاستصحاب و عدم رفع اليد عن اليقين بالشك فيه لان اليقين لا ينقض الا بيقين مثله (و القصارى) ان المتن ذكر سبع مواد و كلها ترجع إلى قاعده واحده كان يجب الاكتفاء بها عن الجميع و لو لم تستند تلك المواد الى الاستصحاب المدلول على حجيته فى علم الأصول بالعقل و النقل لم يكن وجه للاستناد إليها و الاعتماد عليها فذكر الاستصحاب يغنى عن ذكرها

أما (الماده ٧) الضرر لا يكون قديما

فيظهر انها كالتقييد أو التخصيص لما قبلها فإنه لما قال القديم على قدمه قال الا الضرر فإنه لا يترك و حينئذ تكون هذه الماده هى [ماده ٢٠] الضرر يزال فإنها تعم الضرر القديم و الحادث (و ماده ٣١) الضرر يدفع بقدر الإمكان فهذه ثلاث مواد تغنى عنها واحده

أما [الماده ٨] و هو أصل البراءه

فهو أصل أصيل مستقل و يبتنى عليه كثير من الفروع الفقهيه و هو و ان كان يتداخل مع الاستصحاب فى كثير من موارده و لكن جهه النظر فى كل واحد تختلف عن الآخر فان حكم العقل بوجوب دفع الضرر المحتمل يقضى بلزوم الامتثال عند احتمال التكليف فيتجه البحث فى ان قاعده

قبح العقاب بلا بيان و أمثالها مما دل على البراءه عقلا و شرعا هل تقتضى الأمن من ضرر العقوبه أم لا فى أبحاث ضافيه مبسوطه فى محلها من فن الأصول. أما ما ذكره فى المتن من الإتلاف و الاختلاف فى المقدار فاستصحاب براءه الذمه يغنى عن أصل البراءه بل هو مقدم عليه كما حقق فى محله و عند أهله

(ماده ١٢) الأصل فى الكلام الحقيقه.

هذا الأصل ركن من أركان المباحث الأصوليه و يعبرون عنه بأصاله الحقيقه تاره و أصاله عدم القرينه أخرى و إذا كانت فى العام يعبر عنها بأصاله العموم و أصاله عدم التخصيص فإذا وردت كلمه فى كلام و احتملنا ان المتكلم أراد غير معناها الحقيقى تجوزا و لا قرينه ظاهراً نقول انه أراد المعنى الحقيقى لأصاله الحقيقه و لو ادعى بعد ذلك أراد غيرها لم يقبل منه فلو اعترف مثلا انه قتل زيداً ثم قال أردت قتله الأدبى لم يسقط عنه القصاص أو الديه إلا أن تكون هناك قرينه حال أو مقال و الى هذه القاعده تعود

(الماده ١٣) لا عبره بالدلاله فى مقابله التصريح

فان المعنى الصحيح الذى ينبغى ان تحمل هذه الماده عليه هو القاعده المعروفه عند الأصوليين من ان النص مقدم على الظاهر سواء كانت الدلاله من مقال كما فى قوله تعالى إِنَّ اللّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعاً مع قوله تعالى إِنَّ اللّهَ لا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَ يَغْفِرُ ما دُونَ ذلِكَ أو من حال كما لو وهبه عينا فان فيه دلاله على الاذن بالقبض لكن لو منعه عن القبض سقطت تلك الدلاله و مرجع كل ذلك الى بناء العقلاء على الأخذ بالظاهر و تقديم

الأـظهر فالأـظهر حتى ينتهى إلى النص الـذى لاـ يحتمـل فيه الخلاف فمن تكلم بكلام له ظهور بالوضع أو بالقرينه و ادعى اراده خلافه لم يقبل منه بل يؤخذ بظاهر لفظه الذى هو الطريق العقلائى للكشف عن إرادته و قصده و الى ذلك يرجع

(الماده ۱۴) لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص

فـان مثـل قوله ع البيعـان بالخيـار مـا لم يفترقا ظاهر بل نص فيما ذهبت إليه الإماميه من ثبوت الخيار بعـد الإيجاب و القبول حتى يتفرق المتبايعان و هو الـذى يسـمونه خيار المجلس و وافقهم الشافعيه على ذلك فقول الحنفيه ان المراد تفرقهما فى الكلام فإذا فرغـا من الكلام و تم الإيجاب و القبول فلا خيار و بـذلك أنكروا خيار المجلس و هو كما ترى عين الاجتهاد فى مقابله النص و بالجمله فهذه القواعد الثلاث ترجع إلى قاعده واحده و هى تقديم النص على الظاهر و الأظهر على الظاهر

(ماده ۱۵) ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

القياس بجميع أنواعه لا عبره به عندنا معشـر الإماميه أصلًا فلو ثبت عندنا بالدليل حكم لموضوع موافقا للقياس أم مخالفا فالحكم يقتصر به على موضوعه و لا يتعدى الى غيره سواء عرفت عله الحكم أو لم تعرف و سواء كانت ظنيه أو قطعيه نعم لو كانت العله منصوصه كما لو قال حرمت الخمر لإسـكارها أمكن عند بعضهم تسريه الحرمه الى غير الخمر من المسكرات و ان لم يسم خمراً اما من يقول بالعمل بالقياس و حجيته فلا ريب انه لو ثبت عندهم حكم فى مورد على خلاف القياس لدليل فإنه يقتصر على

مورده و ما عداه يبقى على حكم القياس و نظير هذا عندنا ما لو ثبت حكم على خلاف القاعده فإنه يقتصر فيه على دليله و يرجع فى أمثاله إلى حكم القاعده مثلا ثبوت الشفعه حكم مخالف لقاعده السلطنه فيقتصر فيه على مورده و هو عدم تعدد الشركاء فلو تعددوا فلا شفعه و هكذا كثير من هذا القبيل

(ماده ۱۶) الاجتهاد لا ينقض بمثله:

ينبغى ان يكون المراد بهذه القاعده ان اجتهاد مجتهد لا ينقضه اجتهاد مجتهد آخر فلو ادّى اجتهاد مجتهد الى ثبوت الدعوى بشاهد مع يمين المدعى مطلقا أو فى خصوص الأموال و حكم لشخص بمال على هذا الرأى و رفعت الدعوى لمجتهد آخر لا يرى ذلك فليس له نقض ذلك لأنه مخالف لاجتهاده اما غير المجتهدين فهم مخيرون فى العمل بين الأخذ برأى هذا أو ذاك تخييراً فى الحدوث أو الاستدامه على القولين اما المجتهد نفسه فلا إشكال انه إذا تبدل اجتهاده فإنه ينقض اجتهاده السابق باللاحق و لكن بالنسبه إلى الحوادث المتجدده اما الغابره فإنها تمضى على اجتهاده الأول و لا ينقضها إلا إذا تبين عنده فساد اجتهاده الأول كما لو عثر على دليل قصر فى الفحص عنه فأفتى بخلافه فإنه ينكشف فى الحقيقه عدم الاجتهاد لإفساده فليتدبر و الخلاصه ان الاجتهاد قد ينقض بالاجتهاد و قد لا ينقض

(ماده ۱۷) المشقه تجلب التيسير

هذه الماده هى عين الماده التى بعدها كلاهما يرجعان إلى قاعده

فی العسر و الحرج المدلول علیها بقوله تعالی مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِی الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ و يُرِيدُ اللّٰهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لٰا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ- مثل ان اللّه سبحانه أوجب فی الوضوء غسل البشره فإذا كان علی بعض أعضاء الوضوء جبيره يعسر نزعها جاز المسح علی الجبيره عوض غسل البشره بقاعده نفی العسر، و مثل قبول شهاده النساء فی النسب و الولاده لأن الاقتصار علی شهاده الرجال فی أمثال ذلک يوجب العسر و الحرج، و قبول شهاده أهل الخبره فی بعض الموضوعات و ان لم يكونوا عدولا بل و لا مسلمين و ليس من هذا الباب أصلا القرض و الحواله و الحجر، نعم لعل حكمه تشريع بعضها كالقرض و الحواله هو التسهيل و رفع العسر و الحرج فما ذكره فی المتن و زاده بعض الشراح من الأمثله كلها خارجه عن القاعده كما يظهر بأدنی تدبر

(ماده ١٩) لا ضرر و لا ضرار.

هذه من القواعد المحكمه و الأساسيه فی شريعه الإسلام و هی نظير أختها قاعده رفع الحرج حيث ان الحكمه منهما معا هو التسهيل علی العباد فی التشريع ليصح قوله (ع) جئتكم بالشريعه السهله البيضاء و قد ذكروا ان هذه الكلمه من جوامع الكلم و هی إحدی معجزات بلاغته صلوات اللّه عليه و قد أفرد لشرحها جماعه من اعلام علمائنا رسائل خاصه بها و موجز القول فيها انها دلت علی حرمه الضرر، و حرمه مقابله الضرر بالضرر، و وجوب تدارک الضرر، تقول مثلًا لا تضر غيرک بإتلاف ماله، و لا تقابله بالضرر لو أتلف مالک، و لكن يجب عليه تدارک

الضرر، و دلت على معنى أوسع و أعظم بركه و نفعاً من ذلك و هو ان كل حكم فى الشرع وضعى أو تكليفى يوجب ضرراً على الشخص أو النوع فهو مرفوع فى الإسلام مثلا الوضوء واجب للصلاه و لكن إذا استلزم الوضوء ضررا على شخص لمرض و غيره فهو مرفوع و هكذا إذا كان لزوم البيع مع وجود العيب فى الثمن يستلزم ضرراً على النوع فلزومه مرفوع و يكون العقد جائزاً و خيارياً و لعل منها الخيار إذا ظهر العيب فيما انتقل اليه و قد ظهر لك مما ذكرنا ان ماده ۲۰ ترجع إليها بل هى إحدى مداليلها و فوائدها مثلا قاعده السلطنه تقتضى ان له ان يبنى تنوراً فى سطح داره و لكن إذا كان ذلك يوجب ضرراً على جاره فالضرر يزال بقاعده لا ضرر فى الإسلام و كذا لو سد عليه منافذ الهواء و النور، و منه جبر المديون على دفع دينه و إذا امتنع فللحاكم ان يبيع بعض أمواله لأداء دينه و كثير من الفروع فى الفقه تبتنى على هذه القاعده و علم أيضاً ان ماده (۲۵ الضرر لا يزال بمثله) من مدلولات هذه القاعده أيضاً أعنى قاعده لا ضرر و هى الأصل و الدعامه و هذه القواعد متفرعه و مبتنيه عليها و لا وجه لعدها قواعد فى عدادها فلا يجوز قسمه الطاحونه إذا كان فى الشركه ضرر على أحد الشركاء و كان فى القسمه ضرر على الآخر لان الضرر كما قدمنا لا يدفع بالضرر و كذا لا يجوز رد المعيب السابق بعد حدوث عيب آخر عند المشترى و رعايه المشترى ليس بأولى من رعايه البائع و الجميع يرجع الى الأصل (قاعده الضرر) و انه لا يجوز مقابله الضرر بالضرر فتدبر و لعل إليها

يرجع أيضاً

(ماده ۲۱) الضرورات تبيح المحذورات

المستفاده من أمثال قوله ع ما من شى ء حرمه اللّه الا و قد أحله لمن اضطر اليه و الأصل فيه قوله تعالى إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ و فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ فإذا كان بقاء حرمه مال الغير أو حرمه أكل الميته فيه ضرر من تلف نفس محترمه أو حيوان يموت من الجوع أو العطش فإن الحرمه ترتفع و يجوز تناول طعام الغير أو الميته أو شرب ماء الغير بغير اذنه غايته انه يجب الضمان و كل ذلك من لوازم رفع كل ما يوجب الضرر كما عرفت، و إليها يرجع أيضا

(ماده ۲۲) الضروره تقدر بقدرها

و ضابط الضرورات المبيحه هى كلما يتوقف عليه حفظ نفس محترمه أو مال محترم هو أكثر من المال المتناول بما يعتد به عرفا و ان لم يضر بحاله إلى قاعده الضرر يرجع أيضا (ماده ۳۱) الضرر يدفع بقدر الإمكان بل و (ماده ۳۲ و ۳۳)

[و ماده ۲۳) ما جاز بعذر بطل بزواله

هذه الماده لا ترجع عندنا إلى أصل تعتمد عليه و تستند اليه الا قضيه ان الحكم تابع لموضوعه أو ان الضروره تقدر بقدرها فإذا حكمنا بقبول إشاره الأخرس ثم زال خرسه زال الحكم و هو قبول إشاره الأخرس لزوال الموضوع و هو الأخرس و هكذا إذا حدث عيب فى المبيع قبل القبض و كان للمشترى خيار ثم ارتفع العيب و اقبضه صحيحا فإنه يزول خياره بزوال سببه على الأصح و الخلاصه ان هذه الماده ليست متاصله و لا بد من رجوعها إلى إحدى القواعد المتقدمه أو الآتيه بل و مثلها ما فى (ماده ۲۴) إذا زال المانع بطل الممنوع، مثلا إذا كان

المرض مانعا من الوضوء فإذا زال المرض عاد الممنوع و هو وجوب الوضوء و إذا كان العيب الحادث عند المشترى مانعاً من الرد بالعيب القديم فإذا زال العيب الحادث و بقى القديم عاد الممنوع و هو جواز الرد بالعيب القديم و كل هذا راجع الى قضيه الموضوع و الحكم أو ان الضروره تقدر بقدرها على اختلاف الاعتبارات فأحسن التدبر

(ماده ۲۶) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

و هى عين ماده ۲۷ الضرر الأشد يزال بالأخف و كلاهما من فروع قاعده نفى الضرر العامه فإن مقتضى نفى طبيعه الضرر على الإطلاق ان يدفع الأكثر بالأقل و الأشد بالأخف عند الدوران لأن الزائد ضرر يجب دفعه كما انها عين (ماده ۲۸) إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما و كذا (ماده ۲۹) يختار أهون الشرين، فهذه المواد الأربع مع الست يكون عشره مواد مرجعها أجمع إلى قاعده الضرر اما قوله فى المتن يتفرع عن هذا (اى عن (ماده ۲۶) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) منع الطبيب الجاهل فهو وهم لأن هذا المثال ليس من أمثله الضرر فان منع الطبيب الجاهل أو العالم تفويت نفع لا احداث ضرر و المثال الصحيح لتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام هو ما لو كان فى دار إنسان شجره امتدت أغصانها إلى الشارع و أضرت بالماره فإن قلعها أو قطع أغصانها المثمره مثلا و ان كان ضرراً على مالكها و لكنه ضرر خاص يلزم تحمله لدفع الضرر العام و هكذا الجدار المائل للانهدام فإنه يلزم على أولياء

الأمر هـدمه رعايه بالماره و دفعا للضـرر العام و هكذا كثير من أمثالها كما انه لو تعارض ضـرر أحد الجارين مع الآخر فإنه يقدم الأـخف أو لزم إضـرار شـخص أحـد الضـررين فـإنه يراعى الأـخف فالاـخف و الاـهوى فالأهون كما تشـير إليه قضـيه سـفينه و المساكين فى القرآن المجيد و اما السفينه فكانت لمساكين يعملون فى البحر

(ماده ۳۰) درء المفاسد اولى من جلب المنافع

هـذه نظير القاعـده المشـهوره عنـد الأصوليين من الإماميه و هى ان دفع المفسـده أولى من جلب المصـلحه و لكنها ممنوعه على إطلاقهـا إذ ربما يـدور الأمر بين مفسـده حقيره و منفعه كبيره يكون إحرازها أهم من الوقوع فى تلك المضـره و من هـذا القبيل الكـذب لإصـلاح ذات البين أو اسـتخلاص المال المباح من الظالم و ليس من هذا القبيل إنكار الوديعه إذا خاف عليها من ظالم أو الكـذب لنجاه مؤمن كما توهم بعض الشـراح فإنه من قبيل تعارض المفسدتين و تقديم الأخف منهما و علم مما ذكرنا انه فى مقام دوران الأمر بين دفع المفسـده أو جلب المنفعه لا يمكن الحكم بقول مطلق بتقديم إحداهما على الأخرى بل لا بد من النظر فى الأهم منهما فى المورد الخاص و القضيه الشخصيه

(ماده ۳۲) الحاجه تنزل منزله الضروره إلخ

هـذه القاعـده لا تصـح على أصول مذهب الإماميه فإن قاعده نفى الضـرر و ان كانت ترفع الأحكام الواقعيه مثل وجوب الغسل و الوضوء و الصوم و سلطنه الناس على أموالهم و لكنها لا تشرع حكما و لا تجعل الباطل صحيحا

و انما ترفع الحرمه التكليفيه بالضروره اى العقوبه فقط لا سائر الآثار فلو كان بعض البيوع باطلا و حراما كالربا فالضروره لا تجعله عقداً صحيحا كسائر البيوع و ان أحلته لمن اضطر اليه فلو ارتفعت الضروره وجب رد كل مال الى صاحبه مع الإمكان و ما ذكره فى المتن من بيع الوفاء ان كان فى حد نفسه مع قطع النظر عن الضروره باطلا- كما ينسب إلى الحنفيه حيث يعتبرونه كرهن فالضروره لا تشرع صحته غايته انها تجوز استعماله للمضطر اليه كما يجوز الربا للمضطر، و كثره الديون و مسيس الحاجه لا تقلب الفاسد صحيحا، و لا تجعل الباطل حقا: و لا تضع حكما عاما كيف و الضرورات تقدر بقدرها كما تقدم، و ان كان فى حد ذاته مشروعا كما هو الحق عندنا معشر الإماميه و يسميه الفقهاء بيع شرط الخيار أو بيع الخيار فهو أجنبى عن المقام و الحق انه بيع صحيح كسائر البيوع الخياريه و دليله عموم المؤمنون عند شروطهم و الشرط جائز بين المسلمين الا ما أحل حراما أو حرم حلالا اما ما ذكره بعض الشراح و أطال فيه الكلام بما خلاصته ان غير المنصوص بل المنصوص على عدم مشروعيته و حظره من وسائل الحياه يجوز سلوك الطريق المنصوص على حظره عند الحاجه إليها ثم ذكر لذلك أمثله كثيره حتى جوز الربا و الإدانه بالربح للذود عن الحوزه مع نص القرآن بحرمته و بطلانه و كان هذا الباب مفتوح على مصراعيه عند فقهاء المذاهب الأربعه المشهوره و يسمونه باب (المصالح المرسله) اما عند فقهائنا الإماميه فهذا الباب موصد بكل ما يتسع له المجال من الأقفال و عندنا ان حلال محمد (ص)

حلال الى يوم القيامه و حرامه حرام الى يوم القيامه و لا اجتهاد فى موارد النص و الضرورات لا تغير الأحكام أصلا و انما ترفع عقوبه الحرام فقط و ملاك الفرق بين الفريقين ان من أصول الإماميه انه ما من واقعه الا و للّه سبحانه فيها حكم و ان جميع الحوادث الى يوم القيامه قد بين صاحب الشرع أحكامها أما بالخصوص أو العموم و كل حادثه تحدث فان وجدنا فيها نصاً خاصا عملنا به والا استخرجنا حكمها من القواعد العامه المستفاده أيضا من الكتاب و السنه أو الإجماع و لا يجوز عندنا العمل بالقياس و الاستحسان و الترجيحات الظنيه و المناسبات الوقتيه بل لا نستخرج حكم الوقائع الا من كتاب اللّه و سنه نبيه عموما أو خصوصا و لا يوجد فى فقهنا شى ء مما يسمى بالمصالح المرسله أو القياس أو الاستحسان و ليس هذا حجرا و تضيقا فى الشريعه السمحه السهله فإن باب الاجتهاد مفتوح و لكنه فى دائره محدوده لا يتناول المنصوصات و المسلمات انها من ضروريات شريعه الإسلام كحرمه الربا و الخمر و الميسر (القمار) و أمثالها نعم قد نبيح للمريض شرب الخمر إذا توقف علاجه عليه و لكن لا تجعله حكما عاما فى بلد أو زمن أو نحو ذلك من المصالح الزمنيه و من الغريب استشهاد المجله بقضيه أهل بخارى و حاجتهم الى بيع الوفاء الذى يدعى بعض الشراح انه منصوص على عدم جوازه و هو و هم غريب و على فرضه فكان يمكن لأهل بخارى رفع حاجتهم ببيع بعض أملاكهم بيعا قطعيا لإنقاذ القسم الباقى منها و لا يحللون ما حرم اللّه أو يؤجرونها مده تفى بديونهم و الحاصل ان الحاجه المزبوره ما كان رفعها منحصرا بذلك الطريق المستلزم لتحليل ما حرم

اللّه بحيث تكون القضيه من قبيل (قال اللّه و أقول) و ما لم تكن الضروره منحصره لا ترفع الحرمه قطعا فتدبر جيدا هذا المقام فإنه من مزال الاقدام أو الأقلام

(ماده ٣٣) الاضطرار لا يبطل إلخ

قد سبق ان هذه الماده هى من بعض فروع قاعده نفى الضرر التى يستفاد منها حرمه الضرر و وجوب تداركه و حرمه مقابله الضرر فالاضطرار إلى أكل طعام الغير الذى هو إضرار به يلزم تداركه بضمانه لصاحبه بالمثل أو القيمه و الضروره إنما رفعت العقوبه و لم ترفع الضمان و لا سائر الآثار

(ماده ٣۴) ما حرم أخذه حرم إعطاؤه

هذه القضيه عقليه قطعيه فى الجمله فإن الضروره تقضى بان ما حرم أخذه حرمت جميع التصرفات و منها إعطاؤه و لكن ذاك حيث تكون الحرمه ثابته حدوثا و استدامه اما لو كانت حدوثا فقط كما لو قلنا بان الموات من من أراضى الخراج لا يجوز أخذه و حيازته إلا بإذن الإمام فلو حاز أحد المسلمين أرضا مواتا و أحياها بدون اذن الامام فإنه يملكها بالاحياء لعموم من أحيا أرضا ميته فهى له و ان فعل حراما فى أخذها بدون اذنه و هكذا غنائم دار الحرب و مثلها فى القطع و الضروره.

(ماده ٣۵) ما حرم فعله حرم طلبه

و هذا مطرد فى كل حرام ذاتى كالزنا و شرب الخمر و الغصب و نحوها اما الحرام العرضى كما لو حلف أو نذر ان لا يكتب أولا بخيط و ما أشبه

ذلک فإنه یحرم فعله و لا یحرم طلبه بل و کذا فی بعض المحرمات الذاتیه مثل الصلاه علی الحائض فإنها یحرم فعلها و لا یحرم طلبها و مثل بعض محرمات الإحرام بل أکثرها فإنها یحرم فعلها و لا یحرم طلبها.

(ماده ۳۶) العاده محکمه

یعنی ان العاده عامه أو خاصه تجعل حکما لإثبات حکم شرعی أی تجعل طریقا لإثبات حکم شرعی و هذا أیضا مبنی علی الأصل المقرر عندهم من عدم النص و فقد الدلیل الشرعی علی حکم جمله من الحوادث خلافا لما ذهبت إلیه الإمامیه من عدم خلو واقعه من الدلیل علی حکمها بالعموم أو الخصوص و علی فرض خلو واقعه من النص فإن العاده عند الإمامیه لا یعتبر بها و لا تصلح لإثبات حکم شرعی و الحدیث الذی ربما یتمسک به لذلک من قوله (ع) ما رآه المسلمون حسنا فهو حسن علی فرض صحته لا یدل علی حجیه العاده و اعتبارها دلیلا شرعیا لإثبات حکم شرعی و لیس کل حسن عند الناس حسنا واقعا أو شرعا و ان حسن العمل به مداراه و مجامله مع أبناء جنسه أو أبناء وطنه و العاده التی هی عباره عن تکرار العمل عند طائفه أو أمه من العقلاء لیس لها أی علاقه بالشرع لتکون دلیلا علی حکم من احکامه و ان لم یکن فیه نص فلو کان أکل لحم الأرنب أو شرب النبیذ مثلا لم یرد فیه نص و کان عاده طائفه من المسلمین کأهل البادیه مثلا علی اکله فهل یمکن ان نستدل بعادتهم علی حلیته کلا نعم یمکن ان تکون العاده قرینه ینصرف إلیها الإطلاق فی مقام المعاملات و الاستعمالات فیحمل علیها کلام المتعاقدین

لتعيين الموضوع لا ـ الحكم مثلا ـ لو كان من عاده بلد ان الحمال يحمل المتاع الى باب الدار فاستوجر حمال فلا حق للمستأجر بمطالبته بإدخال المتاع الى داخل الدار و لو انعكس الأمر كان له المطالبه و ان لم يشترط ذلك فى العقد فالعاده قرينه تقوم مقام اللفظ فى تعيين المراد و لعل الى هذا يرجع أيضا قضيه العرف العام و العرف الخاص و ان كلام المتكلم يحمل على عرفه العام أو العرف الخاص و انه لو تعارض العرف العام و الخاص فأيهما المقدم الى كثير من المباحث المحرره عند الأصوليين مما لا طائل فيه فان الاستعمالات الشخصيه تختلف حسب اختلاف الموارد و ليس هناك قاعده كليه مطرده بتقديم أحدهما على الآخر بل اللازم النظر فى كل مورد وقع الشك فيه يرجع الى الأصول اللفظيه المقرره فى تعيين المراد فان تعارضت فإلى الأصول الحكميه من البراءه و الاستصحاب و على كل فلو جعلنا العاده من الأصول المتبعه التى يستنبط منها حكم أو موضوع فإليها يرجع ماده (۳۷) استعمال الناس حجه و ماده (۴۰) الحقيقه تترك بدلاله العاده و ماده (۴۱) انما تعتبر العاده إذا أطردت أو غلبت بل هذه الماده ساقطه من أصلها فإن العاده إذا لم تطرد فلا يصدق عليها اسم العاده و مثلها ماده (۴۲) العبره للغالب الشائع و هذا نظير ما يوجد فى كلمات بعض الأصوليين من ان الظن يلحق الشى ء بالأعم الأغلب اى الغلبه توجب الظن بان الفرد المشكوك يلحقه حكم الغالب الشائع و يأتى هذا تاره فى الأقوال و اخرى فى الافعال و الأحوال فلو كان غالب علماء البلد الفقهاء و وقف شخص عقاره على العلماء و شككنا بان النحوى داخل فى

الوقف لانه من العلماء فالغلبه توجب حمل كلامه على الفقهاء و خروج النحوى و هذا يرجع الى ما سبق من ان الغلبه تكون قرينه على حمل المطلق على أشيع افراده و هو نظير المجاز المشهور حيث تكون الشهره قرينه حاليه كما ان الشيوع و الغلبه كذلك و لو كان الغالب فى معاملات شخص الفساد فلو صدرت منه معامله نشك فيها حملناها على الفساد و ان كان قاعده حمل فعل المسلم تقتضى حمله على الصحيح و لكن الغلبه الشخصيه حاكمه على الغلبه النوعيه و حيث ان الغالب على البشر لا يعمرون أكثر من تسعين فلو غاب شخص و انقطعت اخباره و لم يعلم حياته و موته و قد تجاوز التسعين نحكم بموته بحكم الغلبه هذا على مشرب القوم اما عندنا معشر الإماميه فلا أثر للغلبه إلا حيث تكون قرينه و تعد من الظواهر التى لا ريب فى حجيتها لبناء العقلاء كما قرر فى محله من الأصول و اما الغلبه فى المثال الثانى فلا اثر لها بل المرجع فى مثله أصاله الصحه المستنده إلى وجوب حمل فعل المسلم على الصحيح مطلقا و فى المثال الثالث المرجع الى استصحاب حياته حتى يحصل اليقين و القطع بموته و لو الى مأتى سنه غايته ان الغالب حصول اليقين مع طول المده و انقطاع اخباره بموته اما لو لم يحصل اليقين فلا معول على الغلبه و مما ذكرنا يظهر الكلام فى ماده (۴۳) المعروف عرفا كالمشروط شرط فان مرجعها الى ان الغلبه و المعروفيه توجب حمل اللفظ المطلق على المقيد و تكون الغلبه قرينه حاليه على القيد أو الإطلاق فهذه الماده أيضا مستدركه و مثلها أيضا ماده (۴۴) المعروف بين التجار و ماده (۴۵) التعيين بالعرف كالتعيين بالنص فان ملاك جميع المواد إلى

قاعده واحده و هی ان القرینه الحالیه کالقرینه المقالیه یجب اتباعها و الغلبه و العرف الخاص أو العام من أقوی القرائن علی توجیه الکلام فلا داعی لتکثیر المواد و تضییع الحقیقه ماده (۳۸) الممتنع عاده کالممتنع حقیقه فلو استاجره علی وزن البحر أو کیل الفرات، أو إمساک الریح أو قطع المطر کانت الإجاره باطله فإن تلک الأمور و ان لم تکن ممتنعه عقلا و لکنها ممتنعه عاده و القدره علی العمل شرط رکنی فی الإجاره کالقدره علی التسلیم فی البیع،

(ماده ۳۹) لا ینکر تغییر الاحکام بتغییر الأزمان

قد عرفت ان من أصول مذهب الإمامیه عدم تغییر الاحکام الا بتغییر الموضوعات اما بالزمان و المکان و الأشخاص فلا یتغیر الحکم و دین اللّه واحد فی حق الجمیع لا تجد لسنه اللّه تبدیلا و حلال محمد حلال الی یوم القیامه و حرامه کذلک نعم یختلف الحکم فی حق الشخص الواحد باختلاف حالاته من بلوغ و رشد و حضر و سفر و فقر و غنی و ما الی ذلک من الحالات المختلفه و کلها ترجع الی تغیر الموضوع فیتغیر الحکم فتدبر، لا یشتبه علیک الأمر.

«ماده ۴۰» الحقیقه تترک بدلاله العاده

هذه الماده أیضا مستدرکه فإنها ترجع إلی الأخذ بالقرینه الصارفه عن الحقیقه فالعاده ان کانت قرینه فی المورد الخاص من موارد الاستعمال وجب رفع الید بها عن الحقیقه و الا فأصاله الحقیقه هی المحکمه و لا عبره بالعاده ما لم یعلم استناد المتکلم إلیها:

(ماده ۴۶) إذا تعارض المانع و المقتضی یقدم المانع

هذه الماده ضروریه بل لا حاجه الی ذکرها لوضوحها فان المانع هو عباره عن الشی ء الذی یمنع المقتضی من التأثیر بل لا معنی للمعارضه بین المقتضی و المانع نعم قد یتزاحم الشیئان فی التأثیر فأیهما ترجح کان هو المانع للآخر

(ماده ۴۷) التابع تابع إلخ

هـذه الماده مخالفه لما علیه أکثر فقهائنا الإمامیه من ان الحمل لا یتبع الحامل و حجتهم فی ذلک ظاهره و قویه فإن الحامل یعتبر ظرفا للحمل فهی کالمال و الجواهر فی الصـندوق فإذا باع الصـندوق مالکه فهل یحتمل أحد دخول الجواهر و المتاع فی البیع ما لم یصـرح و کـذلک النخل و الشـجره فإذا باع النخله و علیها ثمرها فان کان قبل بـدو الصـلاح اعتبر الطلع الذی علیها کجزء من اجزائها کالسـعف و الکرب و ان کان بعد بدو الصـلاح و صیرورته بسراً و رطباً فهو مستقل و قد باع نخلا و لم یبع رطبا و ثمراً و بـالجمله فـالعرف نوعـا یعتبر الحامـل و المحمول کـالظرف و المظروف کل واحـد منهما له وجود مسـتقل عن الآخر فإن ظهرت قرینه أو کان عرف البلـد الخاص علی دخول أحـدهما فی الآخر فهو و الا فالبیع یختص بما وقع التصـریح بأنه هو المبیع لا غیر و من هنا ظهر وجه البحث فی

[ماده] (۴۸) التابع لا یفرد فی الحکم

، فالجنین الـذی فی بطن الحیوان لا یباع منفرداً عن امه فان الجنین بعـد ان کان فی نظر العرف تابعاً و هو کـذلک واقعاً و عقلا و له وجود مسـتقل و بطن الحامـل ظرف له فما المانع من انفراده بالبیع و وقوع القصـد و العقـد علیه بخصوصه و هـذا واضـح جلی حیث لا جهاله

ماده (۴۹) من ملک شیئا ملک ما هو من ضروراته،

هذه الماده لا تصلح ان تکون ماده مستقله و لا عامه کلیه مطرده بل یختلف الحال باختلاف المقامات و عرف کل بلاد بحسبه فان السرج و اللجام مثلا من ضرورات الفرس و قد یتعارف فی بلاد ان ملکیه الفرس لا تقتضی ملک اللجام بل یکون عاریه أو إجاره أو غیر ذلک نعم الید علی الفرس ید علی لجامها و سرجها و الید ظاهره فی الملکیه و هذه الجهه غیر الجهه الملحوظه بالماده أما المثال الذی ذکره بعض شراح المجله من ان مالک العقار یملک الطریق الموصل الیه فهو ضعیف ضروره ان الطریق ان کان عاماً فصاحب العقار یملک العبور فیه کسائر الناس و لا یملک نفس الطریق و ان کان خاصا و هو الطرق المرفوعه فلها أحکامها فإن کان فیها دور متعدده فهی مشترکه بینهم علی الإشاعه و المتأخر یشارک المتقدم دون العکس و ان اختصت بواحد فهی له کالحریم التابع للدار و البئر علی ما هو مفصل فی محله:

(ماده ۵۰) إذا سقط الأصل سقط الفرع

لعل المراد بالأصل مثل الدین و الفرع هو الکفاله فإذا سقط الدین بإبراء و نحوه تسقط الکفاله أو مثل الطاعه و التمکین من الزوجه الذی یتفرع علیه وجوب النفقه فإذا سقطت الطاعه بالنشوز سقط الفرع و هو النفقه و لیست هی قاعده مطرده بل تختلف الموارد و المتبع هو الدلیل فی کل مورد بخصوصه.

[ماده ۵۱] الساقط لا یعود کما ان المعدوم لا یعود،

لعل الملحوظه بهذه القاعده قضیه الحقوق الساقطه مثلا إذا سقط الشارع الحق بسبب أو من له الحق أسقط حقه فإنه لا یعود فلو أسقط الشارع حق النفقه بسبب النشوز أو حق

المضاجعه فلو عادت المرأه إلى الطاعه لم يعد ذلك الحق الساقط بالنسبه الى ما مضى من الزمان و كذا لو أسقط الدائن دينه اى أبرأ ذمه المديون فإنه لا- يعود حتى لو رضى المديون بعوده أو لم يرض من أول الأمر بسقوطه خلافاً لما توهمه بعض شراح [المجله] من كون السقوط مشروطا برضا المديون فإنه و هم واضح الضعف ضروره ان الحق له مستقلا و لا علاقه للمديون بثبوته و سقوطه و مهما يكن فان الحق إذا سقط لا- يعود الا بسبب جديد كما ان المعدوم من الأجسام الماديه لا يعود فإذا عدمت الشجره المعينه مثلا- فإنه يستحيل عودها بذاتها نعم قد يعود وجود آخر مثلها فى أكثر خصوصياتها لا فى جميعها ضروره ان الزمان من جمله الخصوصيات و المشخصات و هو لا يعود قطعاً و بالجمله فالعائد وجود ثان مثل الأول لا عينه و من هنا كانت هذه القضيه من أقوى الشبهات فى قضيه المعاد الجسمانى و أعضل التفصى منها على فلاسفه الإسلام و البحث فيها موكول الى محله.

و الخلاصه: ان الحقوق فى الشرع على أقسام قسم منها ما يقبل الاسقاط كما يقبل الصلح عليه اى يصح انتقاله من صاحبه الى غيره.

و قسم يقبل الأول دون الثانى و قسم لا يقبل الاسقاط و لا الانتقال فيكون نظير الحكم الذى لا يسقط و لا ينتقل و الفرق بينهما يشكل و يحتاج الى لطف بيان و دقه نظر.

اما الأول فمثل حق الخيار و حق التحجير و حق القصاص على الأشبه و اما الثانى فمثل حق الشفعه فإنه يقبل الاسقاط و لا يقبل الانتقال إلى الأجنبى.

و اما الثالث فمثل حق الجلوس فی المساجد و المعابد و العبور فی الشوارع العامه و نحوها فإنه لا يقبل الاسقاط و لا الانتقال و قد يشتبه هذا بكونه حكما لاحقا فهو كحق الرجوع فی الهبه الذی لا يقبل انتقالا و لا إسقاطاً.

أما العكس، و هو قبول الانتقال دون الاسقاط فيشكل تحققه إذ كلما جاز نقله جاز إسقاطه نعم قد يتصور فی بعض الفروض نادراً مثل حق الولی بالتصرف بمال القصير فإنه قد يقال بصحه نقله إلى ثقه آخر و لا يصح إسقاطه و هو محل نظر و قد خبط بعض الشراح هنا خبطا كثيراً و على كل فالقاعده غير عامه فان بعض الساقط فی الشرعيات قد يعود مثل حق الخيار بالبيع حيث يسقط بالعيب الحادث عند المشترى فإذا زال عاد الخيار فليتأمل.

(ماده: ٥٢) إذا بطل الشی ء بطل ما فی ضمنه

و هذه الماده ترجع إلى ماده (٥٠) إذا سقط الأصل سقط الفرع و ينبغی ان يكون المراد بها ان الشی ء إذا فسد فسد ما يبتنی عليه فإذا بطل البيع بطل ما فی ضمنه من الإقباض و القبض و استحقاق المشترى لمنافع المبيع و البائع منافع الثمن و هكذا و الأمثله كثيره و لا ـ حاجه الى تمثيل بعض الشراح بمن باع دمه حيث قال (لو قال رجل لآخر اقتلنی فدمی حلال لك فقتله يجب على القاتل الديه لا القصاص و إذا قال اقتلنی بعتك دمی بكذا فقتله يجب على القاتل الديه و القصاص لان البيع باطل و الاذن بالقتل الواقع فی ضمنه باطل أيضا انتهى).

و كل هذا لا نعرف له وجها صحيحا بل يجب القصاص فی المقامين

و لا تجب الديه فی المقامین و البیع باطل مطلقا فان الحر لا یباع و العبد لا یملک نفسه حتی یبیعها و الاذن فی حد نفسه باطل لا لبطلان البیع و لیس المقام من موارد الشبهه التی تدرأ بها الحدود و تنتقل إلی الدیه بل الآمر یحبس مؤبداً و المباشر یقتل هذا هو الحکم فی هذا الموضوع عند فقهائنا الإمامیه و مستنده الأخبار المرویه عن الأئمه سلام اللّه علیهم.

(ماده ۵۳) إذا بطل الأصل یصار الی البدل

یعنی إذا کان الأصل موجودا لم یجز العدول عنه الی البدل فإذا کان المشتری قد قبض المبیع و ظهر البیع فاسداً وجب رد عین المبیع لا بدله و هکذا المغضوب. نعم لو تلف المبیع أو المغضوب تعین الرجوع الی البدل المثل فی المثلی و القیمه فی القیمی.

(ماده ۵۴) یغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها-: أو فی المتبوع.

هذه الماده یعبر عنها تاره بهذا اللفظ و اخری بلفظ (یغتفر فی الثوانی ما لا یغتفر فی الأوائل) و یستعملها فقهاؤنا فی جمله موارد منها، توابع المبیع. کالعبد المبیع فإنه یتبعه ثیاب بدنه و خاتمه و غیر ذلک و الجهاله فی العبد لا تغتفر و تغتفر فی توابعه و هکذا فی الوقف فإنه لا یجوز الوقف علی المعدوم و لکن یجوز تبعا للموجود.

(ماده: ۵۵، و ماده ۵۶:) البقاء أسهل من الابتداء، یغتفر فی البقاء ما لا یغتفر فی الابتداء

هذه الماده و ان کانت عقلیه ضروریه سواء قلنا باستغناء الباقی علی

المؤثر أو قلنا بأن حاجه الممكن الى العله و المؤثر حدوثه لا إمكانه و ان كان الأصح ان سبب حاجته إمكانه و مهما يكن الأمر فإن هذه القضيه فى الكونيات مسلمه عقلا و عرفا أما فى الشرعيات فلا اثر لها عندنا أصلا الا ان ترجع الى الاستصحاب و لزوم إبقاء ما كان على ما كان و عدم نقض اليقين بالشك مما ثبت بالأدله الشرعيه القطعيه نعم قد يكون لها اثر عند أهل القوانين المدنيه و يعنون ان واضع القانون قد يتساهل فى الشروط بالنسبه إلى البقاء بما لا يتساهل به فى الابتداء و ما ذكره بعض الشراح من الأمثله لهاتين المادتين كلها مدخوله و محل نظر و مناقشه.

(ماده: ۵۷) لا يتم التبرع الا بالقبض

هذه القاعده تكاد تكون إجماعيه عند فقهاء الإماميه و لا تختص بالهبه بل تعم جميع العقود المجانيه كالصدقات بأنواعها حتى الوقف و أخواته كالسكنى و العمرى و الرقبى و هو عندهم شرط فى الصحه لا فى اللزوم فلو وهب عينا فلا اثر لهبته ما لم يقبض و يكون العقد بدون القبض لغواً و هكذا الصدقه المطلقه و الوقف و أخواته نعم يستثنى من العقود التبرعيه خصوص الوصيه فإنها و ان كانت مجانيه و لا يلزم فيها القبض فتحصل الملكيه المعلقه على الموت بمجرد العقد و لكنها جائزه و له الرجوع و تلزم بالموت.

(ماده: ۵۸) التصرف على الرعيه منوط بالمصلحه

هذه الماده إنما تأتى على أصول الفقهاء الأربعه و أمثالهم اما على أصول

الإماميه فلا محل لها لان التصرف بالرعيه انما هو حق إلهى للإمام العادل أو من ينصبه الامام و الامام العادل بالطبع لا يتصرف الا بما فيه المصلحه للأمه اما منصوبه فأمره راجع اليه و لو تصرف خلاف المصلحه كان هو الرقيب عليه و المؤدب له نعم المسئوليه العامه ثابته على كل أحد فى كل تصرف حتى تصرف الإنسان فى نفسه و عائلته و إليها النظر بقوله (ع) (كلكم راع و كلكم مسئول) و هو غير الملحوظ بالماده المبحوث عنها و كان لهذه الماده اثر مهم فى الأزمنه القديمه يوم كانت اراده السلطان هى النافذه و هو الفاعل المختار الذى يسأل و لا يسأل اما اليوم و قد أصبحت أكثر الأمم دستوريه و نواب الأمه هى التى تقنن القوانين التى تدور على مصالحها فإنما ينفذ من القوانين ما شرع موافقا للمصلحه لأنهم موكلون على هذا و لكن أين الوكاله و اين الموكلون و اين الوكلاء (ودع عنك نهبا صيح فى حجراته.)

(ماده ۵۹) الولايه الخاصه أقوى من الولايه العامه

أظهر مثال لهذه القاعده ولايه الإنسان على ماله و أطفاله و عياله و سائر شؤنه الخاصه و لا تعارضها الولايه العامه كولايه الحاكم و الوالى بل و السلطان نعم لهؤلاء حسب الولايه العامه سلطه على الافراد و لكن فى دائره محدوده تعود أيضا الى شؤن المصالح العامه و مثل ذلک ولايه الولى على القصير فإنها مقدمه على ولايه القاضى و الحاكم و نحوهما فمع وجود الولى الخاص لا ينفذ بيع الحاكم مال الصغير و لا تزويجه و مثل ذلک ولى الوقف فإنه مقدم على من لهم الولايه العامه نعم للولى العام ان يعزل ولى الوقف

فی ظروف خاصه کالخیانه و نحوها.

(ماده: ۶۰) اعمال الکلام اولی من إهماله

اللازم هنا تأسیس القاعده التی تبنی علیها هذه الماده و التی بعدها و قد تقرر فی قواعد المحاورات العرفیه البناء علی أصول یسمونها الأصول العقلائیه مثل أصاله عدم الخطاء و أصاله عدم السهو و النسیان و أصاله عدم العبث و اللغو و أصاله عدم الهزل و المزاح و کلها أصول بنت العقلاء علی الاعتماد علیها فی أقوالهم و أعمالهم فإذا تکلم رجل عاقل و شک بأنه سها أو غفل أو یرید الهزل و المزاح لا یعتنی بشی ء من ذلک و یحمل علی الإراده الجدیه و یلزم به خیراً کان کالإقرار أو إنشاء کالبیع و الهبه و الی هذه الأصول ترجع هذه الماده فإن معنی إهمال الکلام حمله علی اللغو أو السهو و ما أشبه ذلک مما تنفیه الأصول العقلائیه و یحکم بلزوم حمله علی معناه الظاهر حقیقه کان الظاهر أو مجازا فان کان للکلام ظهور فی أحدهما فهو المتبع و ان لم یکن و تردد بینهما حمل علی معناه الحقیقی بأصاله الحقیقه فإن تعذر حمل علی المجاز و هو ماده (۶۱) فإن تعذر أیضا لم یکن بد من إهماله و هو ماده (۶۲).

اما أسباب تعذر حمله علی الحقیقه أو علیها و علی المجاز فهو وجود المانع الشرعی کما لو قال القائل تزوجت أختی أو بنتی فإنه لا یمکن شرعا حمله علی معناه الحقیقی فلا بد من حمله علی بعض المعانی المجازیه أو المانع العقلی کما لو قال انا أولدت أبی أو أمی تولدت منی فیحمل علی المجاز أو المانع العرفی کما لو حلف ان لا یأکل من هذه النخله فإنه یمتنع

الأكل من نفس النخله و لا بـدّ من حمله مجازاً شائعاً على اراده عدم الأكل من ثمرها اما تعذر حمله على الحقيقه و المجاز فكما لو قال احدى زوجاتى طالق أو بعض مالى وقف أو بعتك بعض ما أملك و أمثالها كثيره.

(ماده: ۶۳) ذكر ما لا يتجزأ كذكر كله

هـذه الماده ليس لها عند فقهاء الإماميه عين و لا اثر و ما ذكره الشـراح من الأمثله مثل ما لو قال انا كفيل بنصف زيد و انه يحمل على الكفـاله بتمـام نفسه لان زيـد لا يتجزأ لا وجه له عنـدنا بل يعـد هـذا الكلام من اللغو الباطل و العقود تحتاج إلى صـراحه و اسـتعمال نصف زيد فى زيد ليس بحقيقه و لا مجاز صـحيح فلا تثبت به الكفاله لعدم الدلاله و مثله لو قال اشـفع فى البعض فإنه مناف لمشروعيه الشفعه و هو دفع الشريك فهذه القاعده ساقطه عندنا من أصلها.

(ماده: ۶۴) المطلق يجرى على إطلاقه إذا لم يقم دليل لتقييد إلخ.

هـذه المـاده هى عبـاره عن قاعـده أصـاله الإطلاق و انه متى احتمل التقييـد فى المطلق فالأصل عـدمه اما وضـعا و اما بمقـدمات الحكمه و ان الحكيم لا يخل بغرضه فلو أراد التقييد لبين ذلك و المطلق هو اللفظ الدال على كلى ينطبق على كل فرد من أفراده امـا على البـدل أو على الاستيعـاب فالأـول مثـل أعتق رقبه و إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِى خُسْرٍ و الثـانى مثل (وَ الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ) و التقييد مفرداً كان أو جمعا هو حصر الكلى فى حصه معينه من حصصه مثل (رَقَبَهٍ مُؤْمِنَهٍ) و أكرم العلماء العدول.

(ماده: ۶۵) الوصف فی الحاضر لغو و فی الغائب معتبر

تحریر هـذه الماده و توضیحها ان البیع باعتبار المبیع کما سیأتی اما ان یکون کلیاً أو جزئیا شخصیا فان کان کلیاً اعتبر ضبطه و رفع الجهاله عنه بالوصف فیقول بعتک فرسا کـذا عمرها و کـذا لونها أشـهب أو أدهم أو غیر ذلک و هکـذا سائر الصـفات التی تؤثر فی اختلاف القیم لاختلاف الرغبـات و یلزم البـائع تسلیم مـا یوافق تلـک الصـفات و ان کـان جزئیاً فلا یخلو اما ان یکون حاضـراً فلا طریق لرفع الجهاله عنه الا بالمشاهـده ثم ان کان مکیلا أو موزونا أو معدودا اعتبر مع ذلک الکیل و الوزن و العدد و الا کفت المشاهده.

و اما ان یکون غائبا حین العقد فیلزم رفع الجهاله عنه أیضا بالوصف.

فیقول: بعتـک الفرس الأدهم الطویـل العنق الـذی هو الآن فی المحـل الفلانـی فـإن ظهر موافقـا للأوصـاف لزم البیع و الا تخیر المشتری بین الفسـخ و القبول هکـذا ینبغی ان یقـال فی شـرح هـذه الماده اما ما ذکره بعض الشـراح من الأمثله و هی (۱) لو باع الفرس الأشـهب و قال بعتک هـذا الأدهم و أشار الی الأشـهب صح البیع و لغا الوصف (۲) لو قال المدعی هذه السـیاره الحمراء ملکی و شـهد الشـهود کـذلک مشـیرین إلیها و هی صـفراء تقبل الـدعوی و الشـهاده لأن الوصف هنا لغو (۳) و لو قال شـخص وکلتک علی شـراء هـذا الثوب الأخضـر فاشتراه الوکیل فإذا هو اسود صح شـراؤه لموکله، فکل هذه الأمثله لا علاقه لها بما نحن فیه بل هی من أمثله تعارض الوصف و الإشاره و لیس هنا قاعده مطرده فی تقدیم أحدهما علی الآخر

بـل تختلف الموارد باعتبـار القرائن الحـاليه أو المقاليه و مثله تعارض الاسم و الإشاره كما لو قال زوجتك بنتى هـذه زينب فقال قبلت و ظهر انها هنـد فترجيـح الإشاره هنا غير معلوم بل لعل الأقوى ترجيح الاسم و مثله لو قال بعتك عبدى هذا جوهر فظهر انه ياقوت فالأصح اما البطلان أو الخيار و الأظهر الأول.

(ماده: ۶۶) السؤال معاد فی الجواب

هـذه المـاده لا ـ يترتب عليهـا أثر فی مقـام الاحكـام و من المعلوم ان المـدار على ظهور الكلام فی الاعتراف أو الإنكار و جواب السؤال كمـا ذكروا فی (كتـاب القضـاء) ان جواب المـدعى عليه امـا إقرار و إنكـار أو سـكوت و مثـل السـكوت قوله لا ادرى و الإقرار نعم و أخواتها و الإنكار لا و نظائرها و هذان يكون السؤال فيهما معاداً سـلبا أو إيجابا. أما الثالث و هو السكوت أو الشك فليس السؤال فيهما معاداً و على كل فلا يترتب اثر على كونه معاداً أو غير معاد و انما الأثر لصدق الإقرار و الإنكار قبل كل شـی ء و نظير الكلام فی قاعده (۶۷) السـكوت فی معرض الحاجه بيان فان السكوت لا يكون بيانا الا مع ظهور قرينه من حال أو مقال بأنه بيان سـلبا أو إيجابا و منه ما ورد فی الشـرع فی البكر و انه يلزم ان تستأمر فی زواج نفسها و سكوتها رضاها فقد اعتبر الشارع سكوتها رضا بقرينه ان الغالب ان الحياء بمنعها من التصريح بالقبول فيكون السكوت قبولا و مثله ما لو سكن رجل فی دار غيره و قال له صاحب الدار أريد بدل سكناك عن كل شهر ديناراً فسكت فإنه يلزم بالدينار لو استوفى المنفعه

شهرا و هكذا نظائرها و منه ما لو باع المرتهن العين المرهونه بحضور الراهن فإنه يعد اجازه خلافا لبعض الشراح.

[ماده: ۶۸] دليل الشي ء فى الأمور الباطنه يقوم مقامه

هـذه العباره لا تخلو من تعقيد و لعل المراد ان الأمور الخفيه التى يعسر الاطلاع عليها غالبا يكتفى فى الحكم بها بآثارها الظاهره و لوازمها الحاصـله مثلا لو تزوج رجل فاولـدت امرأته ولداً لسـته أشـهر نحكم بأنه دخل بها و ان الولد ولده فان الدخول بها لما كان امراً خفيا استدللنا بلازمه و هو الولد على فراشه و إذا وجدنا رجلا عاريا الا من الساتر فى الشتاء القارص استدللنا منه انه فقير لا ثياب عنـده و لا مال و الحاصل قد نسـتكشف الأمور الخفيه من الأمارات الظاهريه و لكنها لا تفيد القطع و اليقين و انما تكون أماره ظنيه غالبيه.

(ماده: ۶۹) الكتاب كالخطاب

لا عبره عنـدنا معشر الإماميه و لا نعقـد العقود و المعاملات إلا بالألفاظ أو إشاره الأخرس فلو وجـدنا كتاب زيـد الذى نعلم بأنه خطه و توقيعه بـأنه قـد بـاع داره لاـ تحكم بالبيع حتى يعترف هو أو تقوم البينه أو يحصل لنا اليقين بأنه قـد أوقع صـيغه البيع لفظا خلافـا لمـا يظهر من بقيه المـذاهب التى تعتبر الكتابه كاللفظ اما عنـدنا فلو كتب انى بعت و كتب الآخر انى قبلت لم يكن عنـدنا بيعا عقديا فان تعاطيا كان معاطاه و الا فلا شى ء.

(ماده: ۷۰) الإشاره المعهوده للأخرس كالبيان باللسان

اتفقت الإماميه على ان إشاره الأخرس المفهمه لمقاصده تقوم مقام اللفظ ليس فى معاملاته فقط بل حتى فى عباداته و صومه و صلاته و نكاحه و طلاقه و وصيته و لعل اخبارهم بذلك مستفيضه و الظاهر اتفاق المذاهب الأربعه أيضا عليه و لكن مشروط بإفاده إشارته القطع بمراده اما مع عدم القطع فمشكل و هكذا الكلام فى قبول قول المترجم عن المترجم عنه كما فى ماده (۷۱) نعم لو كان المترجم عادلا صدوقا أمكن الاعتماد على ترجمته بناءً على حجيه خبر الواحد فى الموضوعات كما هو الأقوى عندنا أما ماده (۷۲) لا عبره بالظن المتبين خطؤه فهى مستدركه فإن القطع المتبين خطؤه لا عبره به فكيف بالظن نعم لو عمل المكلف بالأماره الشرعيه كالبينه و نحوها و انكشف خطؤها أيضا ينقض ما بنى عليه من حكم و غيره.

(ماده: ۷۳) لا حجه مع الاحتمال الناشئ عن دليل

الأمارات الشرعيه كالبينه و خبر الواحد و الإقرار غالباً أو دائماً تدور مدار حصول الوثوق و حصول الظن بمؤداها و لو نوعا و لا أقل من كونها منوطه بعدم الظن بخلافها فإذا حصل الظن بخلافها من اماره و لو حاليه يشكل الاعتماد عليها و الوثوق بها و بعباره اجلى ان أدله حجيتها قاصره عن شمول مثل هذا النوع منها و ذلك كالإقرار بالبيع مع قرائن قصد الحرمان فإنه لا عبره به و كشهاده الوكيل لموكله و الأجير لمستأجره مع التهمه و الوالد لابنه فإن إطلاق أدله البينه و ان كان شاملا فى الظاهر لجميع هؤلاء و لكن يمكن دعوى انصرافها أو قصورها عن موارد التهمه و هى

تختلف حسب اختلاف الموارد شده و ضعفاً و كل ذلك منوط بنظر الحاكم و وجدانه و مقدار وثوقه فى الموارد الخاص و لا عبره بالتوهم كما فى ماده (۷۴) و هو أيضا مستدرك و غنى عن البيان و اى حجيه فى الاحتمال المجرد عن الرجحان بل لا يمكن جعله حجه شرعا و لا عقلا لانه ترجيح بلا مرجح كما لو كان الوهم أحد طرفى الشك أو ترجيح المرجوح كما لو كان خلاف المظنون و الأمثله واضحه و كثيره.

(ماده ۷۵) الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

و هذا أيضا ضرورى و واضح فان الثابت بالبرهان العقلى أو الحجه الشرعيه أو العيان و المشاهده سواء فى وجوب العمل و لزوم ترتيب الآثار و ان اختلفت درجه العلم و اليقين الحاصل منها نظير ما يذكره بعض العرفاء فى مراتب المعرفه من علم اليقين و حق اليقين و عين اليقين فلو أقر المدعى عليه بدين امام الحاكم أو ثبت ذلك بخطه و توقيعه فالجميع يصلح لان يكون مدركا لحكم الحاكم و ان اختلفت المراتب و هذا واضح لا يحتاج الى مزيد بيان

(ماده: ۷۶) البينه على المدعى و اليمين على من أنكر

هذا نص الحديث فى بعض الروايات و هى قاعده اساسيه من القواعد الإسلاميه و هى الركن الأعظم فى باب الحكومه و القضاء فالمدعى هو المكلف بإقامه البينه و لا تثبت دعواه بغيرها أصاله و المنكر يكفيه فى رد دعوى المدعى اليمين أصاله و لا ينافى ذلك ان المدعى قد يتوجه عليه اليمين كما فى اليمين المردوده و المنكر قد تقبل منه البينه كما فى تعارض البينات

و فی باب التداعی و المراد بالبینه عند الشارع هو خصوص شهاده العدلین.

و ان کـان أصـل معنی البینه لغه کلمـا یتبین به الأمر المشـتبه فمرور مائه سـنه علی المفقود بینه علی موته و لکن لم یسـمها بینه و یطلق علیها و علی أمثالها من القرائن الزمانیه أو المکانیه و نحوها اماره، و بمقتضی هذا الحدیث ان الیمین لا یکون علی المدعی بحال و هو المحکی عن الحنفیه و عنـد الإمامیه و باقی المـذاهب ان المـدعی علیه له ان یرد الیمین علی المدعی کما انه لو نکل المـدعی علیه عن الیمین ردهـا الحـاکم علی المـدعی حیث بعجز عن البینه و فیمـا لو اقام المـدعی شاهـدا و عجز عن الثانی فإنه یجبره بیمینه و ذلک فی خصوص الحقوق المالیه و بقیه الکلام موکول الی محله من مباحث الفقه الواسعه.

(ماده: ۷۷) البینه لإثبات خلاف الظاهر و الیمین لإبقاء الأصل

هـذه الماده کأنها متممه للماده السابقه فی إعطاء الضابطه و التعریف للمدعی و المنکر و قد تکثرت الضوابط و التعاریف لهما و لعل الجمیع یرجع الی معنی واحـد و کان المجله اعتبرت المـدعی هو من یـدعی خلاف الظاهر و کان من حق المقابله أن یجعل المنکر من یـدعی ما یوافق الظاهر و لعلهم أرادوا بالظاهر هنا الأصل و ان کان خلاف مصـطلح الفقهاء فیکون المـدار حینئـذ فی المـدعی و المنکر علی مـا خـالف الأصـل و وافقه و لکنه لا یطرد فی جمیع الموارد فان من ادعی عینا فی یـد آخر فصاحب الید منکر إجماعـا مع ان قوله ان العین له لا- یوافق الأصـل نعم یوافق الظـاهر و دعوی الخـارج انهـا له تخالف الظاهر ضـروره ان الید ظاهره فی الملکیه و ظهر بهذا ان کلا من الضابطتین اعنی

الأصل و الظاهر لا يصلح ان يكون ميزاناً مطردا للمدعى و المنكر و لذا عدل بعضهم عن ذلك و عرف المدعى انه هو الذى لو ترك ترك (بالفتح فى الأول و الضم فى الثانى) و هو أيضا لا يشمل كثيراً من أبواب التداعى كما لو اتفق مثلا البائع و المشترى على ان الثمن عشره و اختلفا فى ان المبيع ناقه أو بقره إلى كثير من أمثال هذا و الأصح عندنا ان تمييز المدعى من المنكر منوط الى نظر الحاكم فى القضايا الشخصيه فقد يتميزان بمخالفه الأصل و موافقته. تاره و بمخالفه الظاهر و موافقته اخرى، و قد يتميزان بغيرهما أحيانا، و حينئذ يلزم كلا بوظيفته من بينه أو يمين اما فى باب الأمانات فقد تنعكس القضيه و يكون المدعى هو ما وافق قوله الأصل و المنكر التلف مدعيا مع ان قوله موافق الأصل و لكن عليه البينه و كذا فى دعوى الرد يصدق الأمين باليمين و على منكره البينه و ان كان هذا الأخير محل خلاف كل ذلك للأدلّه الخاصه من ان الأمين ليس عليه الا اليمين و تفصيل البحث موكول الى مواضعه و أبوابه فى الفقه.

(ماده: ۷۸) البينه حجه متعديه و الإقرار حجه قاصره

الفرق بين البينه و الإقرار ان البينه جعلها الشارع طريقا نزل مؤداها منزله الواقع فى كل ماله من الآثار فإذا شهدت بطهاره ماء كان نجسا صار الماء بمنزله ما لو طهرته بنفسك فتشربه و تتوضأ به و ترتب عليه كل ما للماء الطاهر من اثر و هكذا لو شهدت ان الدار لزيد فتشتريها منه و تملكها و تسترهنها منه الى غير ذلك اما الإقرار فلا نظر فى أدله اعتباره

الى الواقع بل غايته ان المقر يلزم بإقراره بحديث إقرار العقلاء على أنفسهم جائز أو نافذ اما غير المقر فلا يلزم به ففيما لو أقر زيد بزوجيه هند له و أنكرت هى فإنه يلزم بآثار الزوجيه من نفقه و غيرها و لا تلزم هى بشىء من آثار زوجيته اما لو أقام البينه عليها أو حكم الحاكم فإنها تلزم بجميع آثار زوجيه و لا يبقى أى اثر لإنكارها و سره ما ذكرنا من اختلاف دليل الحجيه و الاعتبار فتدبره جيداً و مما ذكرنا علم ما فى ماده (۷۹) المرأ مؤاخذ بإقراره اى ان إقراره نافذ عليه و ملزم به و من أحكام الإقرار ان الإنكار بعده لا يسمع فلو أقر بأنه مديون لزمه فلو ادعى بعد ذلك الإيفاء طولب بالبينه.

(ماده: ۸۰) لا حجه مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم

كان هذه الماده ناظره إلى تعارض البينات و الحق عندنا ان البينتين إذا تعارضتا فقد تعارض الحجتان لا انهما سقطتا عن الحجيه و لذا ننظر فى المرجحات و نعمل بالراجح منهما نعم مع التساوى من جميع الجهات يسقط العمل بهما لاشتباه الحجه بينهما و على كل فان تعارضتا قبل الحكم لزم العمل بأرجحهما و ان ظهرت البينه المعارضه بعد الحكم فلا اثر لها نعم لو كذبت البينه نفسها أو رجع الشاهدان عن شهادتهما لم ينقض الحكم و غرمت البينه ان كان الحكم بمال أو حق مالى فلو حكم الحاكم بالقصاص فاقتص الولى ثم رجعت البينه عن شهادتها فان قالت أخطأنا غرمت الديه و ان قالت تعمدنا قتلا معا ورد الولى على ولى كل منهما نصف الديه

(ماده: ۸۱) قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل

المدار فی الأحكام الشرعيه سيما فی باب الغرامات و الضمانات علی أسباب خاصته و موازين معينه فقد تقوم الحجه علی الفرع فيثبت و لا- تقوم علی الأصل فلا- يثبت فلو ادعی رجل علی آخر دينا و قلت للمدعی أنا كفيله أو انا ضامن لهذا الدين و لكن المدعی عليه أنكر كنت أنت الملزوم به و أنت فرع دون المدعی عليه و هو أصل فتثبت الكفاله و لا- يثبت الدين و ذلک لحصول الحجه و هو الإقرار فی الأول دون الثانی و النظائر كثيره

(ماده: ۸۲) المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

هذا ضروری و الا لم يكن الشرط شرطاً و ليعلم ان الشرط فی لسان الفقهاء يطلق علی معنين متغايرين. (أحدهما) ما يعلق عليه العقد أو الإيقاع (و الثانی) ما يتقيد به العقد أو الإيقاع و الأول هو ما يكون من قبيل جزء العله التامه و الثانی هو ما يكون من نحو التعهد و الالتزام و هذا هو الأكثر فی باب المعاملات استعمالا فی لسان الشارع و المتشرعه و هو قسمان وصف و هو المحقق الوقوع فی الحال أو الماضی أو الاستقبال مثل قوله بعتک ان طلعت الشمس غداً أو ان كانت طالعه حالا و هكذا و هذه فی الحقيقه صوره تعليق لا تعليق حقيقی، أو حال و هو ممكن الوقوع فقد يقع و قد لا يقع مثل بعتک ان جاء ولدی غداً من السفر أو عافی اللّه مريضی و نحو ذلک و هذا هو التعليق الحقيقی الذی اتفقت الإماميه انه مبطل للعقود و الإيقاعات و انه لا بدّ فيها من التنجيز لأن التعليق بهذا المعنی توقيف مضمون جمله علی حصول جمله أخری و حيث ان المعلق عليه غير حاصل فعلا فالبيع غير حاصل أيضا و حصوله بعد يحتاج الی عقد جديد و العمده فی دليل البطلان هو

الإجماع ان تم و الا فللمناقشه فيه مجال واسع و يظهر من المجله عدم مانعيه التعليق من صحه العقد و الإيقاع سواء كان واقعا أو ممكن الوقوع و هو من حيث الاعتبار غير بعيد و لكن نقل الإجماع على بطلانه عند الإماميه مستفيض هذا موجز الكلام فى الشرط بمعنى التعليق (اما الشرط بمعنى التقييد فى العقد) الذى يرجع الى التعهد و الالتزام فهو الذى أشارت له المجله فى ماده (۸۳) يلزم مراعاه الشروط بقدر الإمكان و الشرط بهذا المعنى ينقسم باعتبارات شتى إلى أقسام (أولها) ان الشرط تاره يكون ابتدائياً استقلاليا و اخرى يكون تبعا ضمنيا فالأول مثل ان تقول شرطت على نفسى ان ادفع لك مائه دينار اى تعهدت لك بذلك و كاد ان ينعقد إجماع الإماميه بأن مثل هذه الشروط الابتدائيه لا يجب الوفاء بها و ان الشرط بهذا النحو وعد يستحب الوفاء به فان تم الإجماع تعبدنا به والا فللمناقشه فيه مجال و الفرق بين الوعد و الشرط يظهر بالتأمل (و الثانى) هو الالتزامات فى ضمن العقود مثل بعتك دارى و اشترطت لك تعليم ولدك أو خياطه ثوبك أو اشترطت لى خيار الفسخ الى كثير من أمثال ذلك و بهذا المعنى قد فسر الشرط صاحب (القاموس) و هو من بعض أخطائه حيث قال، الشرط إلزام الشى ء و التزامه فى البيع و نحوه، و من المتفق عليه عند عموم المذاهب لزوم مثل هذه الشروط فى الجمله و لكن انما يلزم الوفاء بالشروط الصحيحه منها لا مطلقا، اما الفاسده فهى لغو كما أنها أنواع (أولها) المستحيلات عقلا و عاده و يلحق بها مالا فائده فيه من اللغو و العبث كما لو اشترط عليه ان يمشى على رجل

واحده أو يرفع يديه على رأسه مده أيام (ثانيها) المحرمات شرعا ذاتيه أو عرضيه [ثالثها] ما ينافى مقتضى العقد مثل بعتك بشرط ان لا تملك و آجرتك بشرط ان لا تستوفى المنفعه أصلا لا مباشره و لا تسبيباً فكل هذه الشروط باطله بغير إشكال إنما الإشكال فى أنها تفضى إلى بطلان العقد أيضا أم لا و الحق أنها تختلف فالأخير يقتضى البطلان قطعاً كما سيأتى دون الأولين فلو باعه مثلا بشرط ان يشرب الخمر بطل الشرط و صح العقد ثم الشرط بمعنى الالتزام تاره يكون عملا خارجيا و أخرى و صفا داخليا فتاره يشترط له التعليم أو الخياطه و اخرى يشترط له ان يكون العبد المبيع كاتبا أو الفرس أصيلا و تخلف الشرط فى كلا الصورتين يوجب الخيار و هو المسمى بخيار تخلف الشرط و هذا أيضا موجز الكلام فى الشروط بمعنى الالتزامات و التفصيل موكول الى محله فى كتب الفقه و منه ظهر الكلام فى ماده (۸۴) المواعيد بصوره التعليق تكون لازمه. و فذلكه التحقيق هنا ان الوعد سواء كان معلقا أو مجرداً لا ـ يجب الوفاء به وجوبا فقهيا نعم يجب وجوبا اخلاقيا فان الوفاء بالوعد من أجمل مكارم الأخلاق و وعد الحر [كما يقال] دين اى يجب الوفاء به سواء كان أيضا مجرداً أم معلقاً فلو قال رجل لآخر بع هذا الشى ء من فلان و ان لم يعطك الثمن انا ادفعه لك فلو لم يعطه الثمن فان كان الوعد بنحو الالتزام و التعهد وجب ان يدفع له و الا فلا، و هذا من منفرداتنا اما ظاهر المشهور فعدم الوجوب مطلقا فليتدبر.

(ماده ۸۵) الخراج بالضمان

الظاهر انها کلمه نبویه کقاعده الید و أمثالها من جوامع کلمه القصار القلیله اللفظ الکثیره المعنی و المراد بالخراج ما یخرج من العین من غله و منافع و الظاهر ان الباء سببیه یعنی ان منافع العین تملک بسبب ضمانها و لازم هذا ان کل من علیه ضمان العین فمنافعها له غیر مضمونه علیه و بهذا تمسک الحنفیه لما ذهب إلیه امامهم من ان الغاصب لا یضمن ما استوفاه من منافع العین المغصوبه لأنه ضامن و ضمان العین لا یجتمع مع ضمان منافعها.

و حیث تظافرت أخبار الإمامیه عن أئمتهم ان الغاصب یضمن العین و المنفعه و صحیحه (أبی ولاد) عندهم مشهوره معروفه و قد تضمنت رد تلک الفتوی بأبلغ بیان لهذا التزم فقهاؤهم بتأویل هذه الجمله المتقدمه فحملها بعض اعلام المتأخرین علی ما حاصله بعد توضیح و تنقیح منا، ان المراد بالضمان فی النبوی هو الضمان الجعلی الاختیاری ضروره ان کل عاقل إذا ضمن ملک الغیر و جعل غرامه تلفه علیه فإنما یصنع ذلک بغرض استیفاء منافعه فالخراج یکون له بسبب ضمانه الاختیاری لا الضمان القهری المجعول شرعا کضمان الغاصب و لا الضمان التبعی کضمان البائع درک المبیع و المشتری درک الثمن ضروره ان البائع هنا مع انه ضامن للمبیع و لکن منافعه لیست له بل للمشتری و هکذا فی المشتری بالنسبه إلی الثمن فان الخراج هنا لیس بالضمان قطعا نعم خراج الثمن للبائع بالضمان ای بضمانه لأن تلف الثمن علیه و من ماله کما ان خراج المبیع للمشتری لأنه ضامن له و تلفه یکون علیه و من ماله فلیس المراد الضمان القهری. و لا التبعی و لا الضمان التقدیری کما فی أعتق عبدک عنی فإن الضمان علیه و منافع العبد لیست

له فتعين كون المراد هو الضمان الجعلى الاختيارى كما فى ضمان المعاملات و المعاطات فلا تصلح القاعده دليلا على عدم ضمان الغاصب للمنافع و يمكن ان يكون المراد منها ان خراج العين بسبب ضمانها اى من كان تلف العين عليه و من ماله فخراجها و منافعها له فيكون محصلها ان خراج العين لمالك العين الذى لو تلف العين كان تلفها عليه و من ماله فيكون مفادها مفاد ماده (۶۷) الغنم بالغرم اى غرامه العين و تلفها على من تكون له منافعها و غنيمتها و قد يعبر عنها بعباره أخرى و هى من له الغيم فعليه الغرم و من جميع ما ذكرناه يتضح لك وجه القدح فى ماده (۸۶) الأجر و الضمان لا يجتمعان، و الحق أنهما يجتمعان و لا مانع من اجتماعهما عقلا و شرعا فالمقبوض بالسوم أو بالعقد الفاسد يضمن العين قابضها و يعطى اجره ما استوفاه من منافعها و هكذا الغاصب و نظائره و كذا ما فى-:

(ماده: ۸۷) الغنم بالغرم

و قد سبق ان من المعلوم كون منافع الشى ء لا يملكها الإنسان إلا إذا كان مالكا أو متلقيا من المالك فمعنى هاتين المادتين أو الثلاث ان المالك له منافع الشى ء و غلته و عليه خسارته و غرامته و إليها أيضا ترجع ماده [۸۸] النقمه بقدر النعمه و ان كانت لا شى ء عند التحقيق.

(ماده: ۷۹) الفعل ينسب الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً

هذه قاعده اساسيه محكمه يحكم بها العقل و الشرع و العرف و يترتب على ذلك ان تبعات الفعل من قصاص أو ضمان أو عقوبه فهى على الفاعل لا على الآمر و ان ترتب على الآمر احكام شخصيه اخرى لكونه آمراً لا لكونه

فاعلا نعم قد يتحمل الآمر كل تبعات الفعل بحيث لا يكون شی ء منها على الفاعل إذا كان جاهلا و قد غره الآمر و أغراه بقاعده المغرور يرجع على من غره و كذا إذا كان صبيا أو مجنوناً و قد امره الرجل العاقل بإتلاف مال غيره أو حياته فإنه و ان رجع على الولی لكن الولی يرجع بالغرامه على الآمر اما لو كان الآمر أيضا صبيا فلا و الى هذا ترجع.

(ماده: ۹۰) إذا اجتمع المباشر و السبب يضاف الحكم الى المباشر

و يلزم ان يستثنی من هذه الكليه ما لو كان السبب أقوى من المباشر نظير ما سبق من كذب البينه فلو شهد اثنان لرجل بان فلان قتل أباك فقتله ثم تبين تزويرها فإنهما يقتلان مع الرد و لا يقتل الفاعل لان السبب هنا أقوى من المباشر أو قال له أسرق مال فلان و الا قتلتك فسرقه فان الضمان على الآمر لأنه أقوى من المباشر السارق و هكذا نظائرها و هی كثيره

(ماده: ۹۱) الجواز الشرعی ينافی الضمان

ينبغی ان تكون هذه الماده ناظره إلى الأمانات الشرعيه كاللقطه و مجهول المالك و قبض مال اليتيم المصلحه أو الحفظ و كثير من أمثال ذلك فإنه قبض جائز شرعا و التصرف بغير تعدى مأذون به من الشارع و مع اذن الشارع لا ضمان لو تلفت بغير تعد أو تفريط و إذن الشارع ان لم يكن فوق إذن المالك فليس هو بأقل منه، و الحاصل ان كلا منهما مسقط الضمان و قد غفل بعض الشراح عن هذه الماده و مثل لها بالمثله لا علاقه لها بهذه القاعده أصلا مثل ما لو حفر أحد فی ملكه حفره فسقط فيها دابه فهلكت فلا ضمان على صاحب الحفره فإن الضمان هنا لا مقتضی له أصلا ضروره

ان تلف الدابه لا يستند الى صاحب الحفره لا مباشره كما هو واضح و لا تسبيبا لأن الإنسان له ان يتصرف فى ملكه كيف شاء، نعم لو حفرها فى غير ملكه أو فى شارع عام أمكن ان يلزم بالضمان و ان يكون هو السبب ان لم يكن إهمال من صاحب الدابه و على كل فينبغى ان يكون موضوع الماده ما كان مقتضى الضمان موجوداً و لكن الإذن الشرعى يرفع الضمان كما فى الأمانات فإن وضع اليد على مال الغير يقتضى الضمان و لكن الإذن الشرعى أو المالكى يرفعه فلا يجتمع الضمان و الجواز فتدبره جيداً.

(ماده: ۹۲) المباشر ضامن و ان لم يتعمد

هذه الماده هى قاعده الإتلاف التى يعبر عنها فقهاؤنا (بان من أتلف مال غيره فهو له ضامن) و تفترق هذه عن قاعده اليد المشهوره بأن هذه ناظره إلى التلف تحت اليد و تلك إلى الإتلاف و ان لم يكن تحت اليد فبينهما عموم من وجه يجتمعان و يفترقان و الإتلاف و التلف يوجبان الضمان فى الجمله و ان لم يكونا عن عمد و لكن بنحو الاقتضاء و هذه القاعده تستفاد من جمله من الاخبار و المثله كثيره لا تخفى و لا يشترط فى الإتلاف العمد نعم يشترط ذلك فى التسبيب فالمسبب للتلف ان كان متعمدا ضمن بلا اشكال و الا فإن أسند الفعل اليه عرفاً كان ضامنا و الا فلا.

أما التعدى أى عدم الإذن الشرعى أو المالكى فهو شرط فى جميع أسباب الضمان و الى قضيه التسبيب أشارت ماده (۹۳) المتسبب لا يضمن الا مع العمد.

(ماده: ۹۴) جنایه العجماء جبار

هـذه الماده علی الظاهر مضـمون حـدیث أو نصه و فی بعض کتب الحدیث (جرح العجماء جبار) و المعنی واحد و العجماء هی البهـائم لکن إذا کـانت البهیمه مملوکه و أهملهـا صاحبها حتی دخلت دار قوم أو زرع آخرین فاتلفته فإنه ضامن لان السـبب هنا أقوی من المباشـر و هذا من موارد ضـمان السـبب و ان لم یکن متعمدا لان التلف کان من فعله و یسـند الیه و الدابه کالآله و من هنا یظهر عدم صحه الإطلاق فی الماده السابقه و هی ان المتسبب لا یضمن الا مع التعمد نعم لو ان شخصین ربط کل منهما دابته الی جنب دابه الآـخر فی فلاه أو فی المنازل العامه کالخانات فأتلفت إحـداهما الأخری و کـذا لو ربطها مالکها فأفلتت و أضـرت فلا ضمان.

(ماده ۹۵) الأمر بالتصرف فی ملک الغیر باطل

یعنی حیث لا ولایه له علی ذلک المال اما لو کان له ولایه کمتولی الوقف أو ولی الیتیم أو حاکم الشرع فی مال الغائب و أمثال ذلک فالأمر بالتصرف صحیح و نافذ شرعاً و بالجمله فالبطلان یدور مدار العدوان فهذه الماده ترجع إلی التی بعدها.

(ماده: ۹۶) لا یجوز لأحد ان یتصرف فی ملک الغیر بغیر اذن،

و لو قال بغیر اذنه أو اذن الشارع لأغنت أیضاً عن الماده التی بعـدها (لا یجوز لأحـد ان یأخذ مال أحد بلا سـبب شـرعی) و کلها ترجع الی

مفاد الحديث النبوى (لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه) بعد قوله تعالى (وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) و أمثالها التى حرم اللّه سبحانه فيها الإثم و البغى و العدوان و الأمثله واضحه كثيره و أطهرها موارد الغصب و السرقه و الرشوه. و قد مثل لها بعض الشارحين بما إذا صالح عن الدعوى فظهر انه لا حق له بتلك الدعوى أصلًا فإن الصلح باطل و يسترد بدل الصلح ففيه مع انه ليس من أمثله ما نحن فيه و البدل قد دفعه المصالح بطيب نفسه نمنع بطلان الصلح فإنه وقع لإسقاط الدعوى لا للحق الواقعى و هو واضح فتدبره جيداً

(ماده: ۹۸) تبدل سبب الملک قائم مقام تبدل الذات

هذا التعبير لا يفصح عن الغرض المقصود بهذه الماده و هى ان الأسباب الشرعيه مؤثره كتأثير الأسباب الواقعيه فكما انه لو وهب ماله لشخص و تلف المال لا سبيل له الى الرجوع بما وهب لزوال الموضوع فكذلك لو باع المتهب المال لم يبق للواهب حق الرجوع فيما وهب لانتقاله عنه اى هو كتلفه و كذا لو باع عينا بخيار و باعها المشترى من آخر بغير خيار فإنه لا يبقى للبائع الأول حق الرجوع و لو فسخ رجع بالمثل أو القيمه كما لو تلفت العين

(ماده: ۹۹) من استعجل الشى ء قبل أوانه عوقب بحرمانه

أظهر مثال لهذه الماده- الوارث إذا قتل مورثه ليستعجل فى إرثه فإنه يحرم شرعاً من الإرث عقوبه له بحرمانه ما استعجل فيه و كذا لو قتل الموصى له الوصى فى وجه و كذا من طلق زوجته فى مرض موته

کی لا ترث منه فإنها ترثه لو مات فی الحول و لو بعد خروجها من العده و کذا لو حابی أحد ورثته ببیع أو هبه یقصد حرمان الباقین فإنها تبطل علی الأصح نعم یستثنی من هذه الماده ما لو قتل الدائن مدینه بدین مؤجل کی یتعجل فإنه یحل علی قاعده الدیون المؤجله التی تحل بموت من هی علیه و مقتضی الماده ان لا یحل و کذا فی منجزات المریض من بیع و نحوه محاباه لا یقصد الحرمان فإنها تصح سواء قلنا بخروجها من الثلث أو من الأصل و قد یعثر المتتبع علی غیر ذلک من الأمثله فی المستثنی و المستثنی منه.

(ماده: ۱۰۰) من سعی فی نقض مأتم من جهته فسعیه مردود علیه

هذه الماده أشبه بان ترجع إلی قاعده عدم نفوذ الإنکار بعد الإقرار أو إلی أصاله الصحه فی عمل المسلم أو مطلقاً أو ما أشبه ذلک من الأصول و القواعد و لیست هی قاعده برأسها فإن الواهب له ان یرجع بهبته و قد تم من جهته الی کثیر لا یحصی من أمثال ذلک، نعم لو باع ثم ادعی فساد المبیع لم یقبل منه و لکن لا لهذه القاعده بل لأصاله الصحه فی فعل العاقل و کذا لو أقر بدین ثم ادعی الاشتباه فإنه لا یسمع لقاعده (لا إنکار بعد الإقرار) و هکذا و بالجمله نقض الإنسان لعمله أو قوله یختلف فی القبول و عدمه باختلاف الموارد و الأصول و القواعد الجاریه فی کل مورد بحسبه، هذا موجز القول فیما ذکرته المجله من القواعد العامه و قد اتضح لک جلیاً ان بعضها یدخل فی بعضها و بعضها مستدرک لا یترتب علیه أثر.

أمـا القواعـد الاساسـيه منهـا التى تصـلح لاـن تكون مـدركاً و دليلًا على كثير من أبواب المعاملات و الإيقاعات فهى كما نتلوها عليك و إليک بيانها.

(۱) العبره فی العقود للمقاصـد و المعانی، لا للألفاظ و المبانی لعل المراد بهـذه الماده ان الألفاظ تتبع ما أریـد و قصد منها لا ما هی داله علیه بحسب وضـعها التعیینی أو التعینی فلفـظ بعت مثلاـ و ان کـان دالا بالوضع و الاسـتعمال علی نقل الأعیان و لکن لو أریـد منه نقـل المنـافع بـدل الإجاره الموضوعه لـذلک کان الاعتبار بما قصـد و أراد و لو مجازا أو غلطا لا بما هو مـدلول اللفظ بحسب وضعه و لکن التحقیق عندنا و هو الظاهر من بعض النصوص و متون فقهائنا ان العقود یلزم فیها استعمال الألفاظ الصریحه الـداله علی معانیهـا بالوضع و المطابقه فلا یصـح فیها المجاز و الکنایه فضـلا عن مخالفه الوضع الشخصـی أو النوعی و اسـتعمال البیع فی الإجاره قـد لا یکون صـحیحاً لا حقیقه و لا مجازا فیکون غلطا و یقع العقـد المزبور مثلا باطلا، نعم لا ریب ان المقصود هی الرکن الأـعظم فی العقود و لکن بقیـد الألفـاظ الخـاصه الموضوعه للـدلاله علیهـا المتحـده بتلـک المعـانی اتحـادا جعلیـا لا بالألفاظ الغریبه عنها.

إذ من المعلوم ان للفظ أنسا و ملابسه مع المعنی الموضوع له المستعمل فیه.

و نفورا و وحشه من المعنی الغیر الموضوع له، و علی کـل فالصـراحه اللاـزمه سـیما فی العقود اللاـزمه توجب اسـتعمال الألفاظ الداله علی المعانی المقصوده بالوضع و المطابقه لا بالمجاز و الکنایه فضلا عن الغلط فاللازم ان تکون الماده هکذا:

العبره فی العقود للمقاصد و المعانی مع الألفاظ و المبانی و قد تقدم بعض البحث فیها فی أول الکتاب

(۲) قاعده الاستصحاب و هی إبقاء ما کان علی ما کان و دلیلها اخبار لا تنقض الیقین بالشک و إلیها ترجع المواد الثلاث ۴- ۵- ۶ بل ماده ۸- ۱۰ بل و ۱۱ (۳) أصاله البراءه التی تنفرد عن الاستصحاب من بعض الوجوه (۴) قاعده لا ضرر و لا ضرار، و إلیها یرجع عشر مواد أو أکثر (۵) أصاله الحقیقه، (۶) المشقه تجلب التیسیر (۷) درء المفاسد اولی من جلب المنافع (۸) ما حرم أخذه. حرم إعطاؤه (۹) ما حرم فعله. حرم طلبه (۱۰) العاده محکمه- و لکن فی الجمله کما عرفت و مثلها تغیر الاحکام بتغیر الزمان و مثلها.

(۱۱) العبره للغالب الشائع (۱۲) الممتنع عاده کالممتنع حقیقه (۱۳) إذا تعارض المقتضی و المانع یقدم المانع (۱۴) التابع تابع هذه الماده مجمله و لعل المراد بها ان التابع فی الوجود تابع فی الحکم و قد عرفت انه لا یطرد (۱۵) إذا سقط الأصل سقط الفرع (۱۶) الساقط لا یعود کما ان المعدوم لا یعود (۱۷) إذا بطل الأصل یصار الی البدل (۱۸) یغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها

(۱۹) البقاء أسهل من الابتداء (۲۰) لا يتم التبرع الا بالقبض (۲۱) التصرف على الرعيه منوط بالمصلحه (۲۲) الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان (۲۳) البينه على المدعى و اليمين على المنكر (۲۴) البينه حجه متعديه و الإقرار حجه قاصره (۲۵) الولايه الخاصه أقوى من الولايه العامه (۲۶) اعمال الكلام اولى من إهماله (۲۷) ذكر ما لا يتجزأ كذكر كله (۲۸) المطلق يجرى على إطلاقه (۲۹) الوصف فى الحاضر لغو و فى الغائب معتبر (۳۰) الكتاب كالخطاب عند فقهاء المذاهب لا عند الإماميه (۳۱) إشاره الأخرس بيان (۳۲) لا حجه مع الاحتمال الناشئ عن دليل (۳۳) المعلق على شرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط (۳۴) يلزم مراعاه الشرط بقدر الإمكان (۳۵) الخراج بالضمان (۳۶) الغنم بالغرم، (۳۷) الفعل ينسب الى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا (۳۸) إذا اجتمع المباشر و السبب يضاف الحكم الى المباشر

(۳۹) الجواز الشرعی ینافی الضمان (۴۰) المباشر ضامن و ان لم یتعمد (۴۱) المتسبب لا یضمن الا مع العمد (۴۲) جنایه العجماء جبار (۴۳) لا یجوز التصرف بمال الغیر بغیر اذن (۴۴) تبدل سبب الملک یقوم مقام الذات (۴۵) من استعجل الشی ء قبل أوانه. عوقب بحرمانه.

هـذه مهمـات القواعـد التی ذکرتها (المجله) و ما عـداها فتکرار أو متـداخل أو عـدیم الفائـده، و العجب أن مؤلفیها مع انهم من أفاضل علماء عصـرهم ذکروا جمله من المواد العـدیمه الجـدوی أو القلیله الفائـده و أهملوا جمهورا من القواعد المهمه التی هی دعـائم مبـانی العقود و الإیقاعـات و أبواب المکـاسب و المعاملات، و نحن نـذکر منها ما یحضـرنا علی عفو الخاطر و العتیـد فی الذهن، کاستدراک علی مواد المجله من دون استقصاء و استقراء و قد یجد المتتبع أکثر منها و إلیک بیانها و تندرج فی فصول.

(الفصل الأول) (فی قواعد البیع و سائر العقود)

۱- کل جمله لا یحصل أثرها الا بأخری من آخر فهی عقد و الا فإیقاع أو اذن.

هـذه ضابطه التمییز بین العقد و الإیقاع و هی مطرده فی الغالب و قد وقع الخلاف فی بعض الأنواع انها عقد أو إیقاع کالجعاله و الودیعه و الوصـیه فی بعض الاعتبارات و لعل منشأ الشک أو الخلاف هو عـدم لزوم القبول اللفظی فیها و کفایه القبول الفعلی أو کل ما دل علی الرضا بالإیجاب کما هو الشأن فی جمیع العقود الجائزه.

علی ان الثمره بین کون المعامله عقدا أو إیقاعا نادره مثلا- الودیعه.

أمانه مالکیه فإن کانت عقـدا فهی عقد جائز من الطرفین فللودعی ان یعزل نفسه و یحلها فتنقلب أمانه شـرعیه یجب المبادره إلی ردهـا و ان کـانت إیقاعـاً فهی إذن مجرد و لیس له عزل نفسه بل تبقی أمانه مالکیه حتی یستردها المالک أو یردها الودعی متی شاء، و علی کل فالبحث فی ذلک قلیل الجدوی.

۲-: کل عقد یحتاج إلی إیجاب و قبول

لفظیین مع التوالی بینهما.

۳-: کل إیجاب فقبوله بعد موت الموجب باطل

إلا فی الوصیه.

۴-: کل من له القبول إذا مات قبله بطل

إلا فی الوصیه فإن حق

القبول ينتقل الى وارثه.

۵- أصاله اللزوم فى العقود

فكل عقد شككنا ان الشارع جعله لازما أو جائزا نبنى على لزومه و إذا علمنا بأنه ذو نوعين جائز و لازم و شككنا ان العقد الذى وقع هل هو من الجائز أو اللازم نبنى على انه من اللازم فإذا شككنا ان البيع الذى جرى بين زيد و عمرو هل وقع خياراً أم لا، نحكم بعدم الخيار حتى ينبت خلافه بدليل و هكذا فى سائر الموارد.

كل ذلك لأصاله اللزوم فى العقود المستفاده من عموم قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) و أمثالها من الكتاب و السنه و هذا أصل نافع فى جمله من العقود التى يشك فى لزومها و جوازها.

مثل عقد المزارعه و المساقاه و عقد القرض و غيرها فان قام دليل بالخصوص على جوازها فهو المتبع و الا فأصاله اللزوم فى العقود تقضى بالحكم بلزومها

۶-: أصاله الصحه فى العقود

و ينفع هذا الأصل أيضاً فى الشبهه الحكميه و الموضوعيه فلو شككنا ان عقد المغارسه أو المسابقه المستعمل عند العرف قديماً و حديثاً هل هو صحيح شرعاً أم فاسد اى أمضاه الشارع أم لا بنينا على صحته لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أمثالها و لو شككنا ان بيع زيد داره من عمرو كان صحيحاً أم فاسدا بنينا على صحته لأصاله الصحه، و لعل هذا الأصل يرجع الى أصل أوسع له و هو أصاله الصحه فى عمل

المسلم بل فی عمل العقلاء فإن الأصل فی کل عاقل ان لا یرتکب العمل الفاسد و ان لا یأتی إلا بالعمل الصحیح غایته ان الأصل فی المسلم ان لا یعمل إلا الصحیح فی دینه کما ان غیره یعمل الصحیح فی عرفه و تقالیده و هذا الأصل مع انه أصل عقلائی قد أیدته الشریعه الإسلامیه بالأحادیث الکثیره المتضمنه لمثل (احمل أخاک علی أحسن الوجوه و لا تظن به الا خیرا).

و یؤیده سیره المسلمین المستمره فإنهم لا یفتشون عن المعاملات الواقعه من المسلم فی بیعه و شرائه و إجارته و زواجه و طلاقه و أمثالها سواء کانت مع مسلم أو غیره بل یبنون علی صحتها و یرتبون آثار الصحه علیها أجمع إلا فی مقام الخصومات فیرجع الأمر هناک الی الایمان و البینات. فهذا أصل واسع نافع یجری حتی فی العبادات و الطاعات فضلا عن العقود و المعاملات و هو القاعده السابعه،

۷-: أصاله حمل المسلم علی الصحیح- بل العاقل مطلقاً

نعم یقع البحث و الکلام فی حدودها و قیودها و مقدار مفادها و مواردها.

۸- کل مبیع تلف قبل قبضته فهو من مال بائعه

یعنی ان خسارته علی البائع لا- المشتری و یکون العقد مفسوخاً قهرا کان لم یکن و لازم الفسخ رجوع کل مال الی صاحبه و یکون تلفه علیه و الفسخ اما من حینه أو من حین التلف و تظهر الثمره فی النماء بین العقد و التلف فعلی الأول للبائع و علی الثانی للمشتری

۹- لا بیع إلا فی ملک، ۱۰-: لا وقف إلا فی فی ملک، ۱۱-: لا عتق إلا فی ملک ۱۲-: لا رهن إلا فی ملک

هذه القواعد الأربع مسلمه عند فقهاء الإسلام أجمع علی الظاهر، و لا یقدح فی الأولی مثل بیع الفضولی و الولی و الوکیل فإنهم یبیعون للمالک نعم یشکل فی بیع الغاصب لنفسه إذا اجازه المالک له أو لنفسه و یندفع بأن الإجازه ان کانت هی الناقله فلا اشکال و ان کانت کاشفه فهی تکشف عن وقوع العقد للمالک لا للغاصب فلیتأمل و ربما یشکل أیضاً فی الثالثه بان الرجل لا یملک عمودیه فکیف لو اشتراهما ینعتقان علیه و فی مثل أعتق عبدک عنی و یندفع بأن الأصحاب التزموا حفظاً لهذه القاعده ان لا- تنخرم بتحقق الملکیه آناً ما بحیث لا تسع غیر العتق فبالشراء یملک أباه ثم ینعتق علیه قهراً قبل ان یتصرف ای تصرف بهذا العقد و کذا فی الأمر بالعتق فان المالک إذا أراد عتقه عن الآمر یکون قد نقل العبد الیه و أعتقه بالوکاله عنه و بالجمله فهذه القواعد عندنا محکمه مطرده و لا استثناء لها و کلما ورد فی الشرع مما هو ظاهر فی خلافها فلا بد من تأویله و رده إلیها، نعم یشکل الأمر فی القاعده الأخیره [لا رهن إلا فی ملک] فی استعاره العین للرهن کما هو المتعارف حتی فی هذه العصور و الظاهر انه من المتفق علی جوازه و تطبیقه علی القواعد قد یعد من معضلات الفن حتی ان بعضهم التزم بأنه ضمان محض و هو واضح

الضعف فان الضمان نقل مال من ذمه إلى ذمه أو اشتراك الذمم بعهده المال و ذمه المالك المعبر لم تكن مشغوله و لم تصر بعد العاريه مشغوله و يمكن التفصى عن الإشكال بأن مفاد القاعده هو اعتبار الملك فى الرهن فلا رهن إلا فى ملك أى فى ملك الراهن و الراهن هنا أى فى العاريه هو المالك المعير لا المديون المستعير و لا مانع من ان يرهن الإنسان مال نفسه على دين غيره تبرعاً، انما الممنوع ان يرهن مال غيره على دين نفسه.

فهو رهن حقيقه و عاريه صوره.

و أدق من هذا و أعمق- ان المالك كما ان له ان يجعل ذمته مشغوله بدين الغير فيكون ضمانا بمعناه المعروف و يصير المال فى عهدته كذلك له ان يجعل ماله مشغولا بدين غيره و يكون دين الغير فى عهده ماله بحيث لو عجز المديون عن الوفاء يكون ماله المرهون هو الذى يفى عنه فهو قد يرجع ببعض الاعتبارات الى الضمان المصطلح و لكن ضمان ذمه المال، لا ضمان ذمه الرجال، و يصح ان تقول- للرجل تاره ان يجعل المال فى ذمته و اخرى يجعل ذمته فى ماله، و على هذا فإن شئت فسمه ضمانا أو عاريه أو رهنا و لا مشاحه فى التسميه، فتدبره و اغتنمه فإنه من منفرداتنا و للّه المنه.

(١٣) كلما يصح بيعه تصح هبته، و كلما لا يصح بيعه لا تصح هبته

طرد هذه القاعده مما لا اشكال فيه فى الجمله ضروره ان البيع مخصوص بالأعيان الماليه و جميع الأعيان الماليه يصح هبتها فالقاعده الاولى موجبه كليه مطرده و لكن عكسها غير مطرد فان المنافع لا يصح

بیعها و لکن تصح هبتها، و لو صح بیعها لم یکن فرق بین البیع و الاجاره، کما ان کلیه الأولی قد تشکل فی مثل السلم فإن الکلی الموصوف یصح بیعه و لا یصح هبته،

(۱۴) کلما صحت إجارته صحت عاریته، و ما لا یصح- لا یصح

الظاهر ان هذه القاعده صحیحه مطرده فی عکسها و طردها فان متعلق الإجاره و العاریه و ان کان هو العین و لکن باعتبار المنافع فکل عین یصح إجارتها لمنافعها صحت إعارتها لذلک و کذا العکس نعم قد یشکل فی العین الموقوفه ضروره انه یصح إجارتها، و لا- یصح إعارتها و یندفع- أولا. بمنع عدم صحه إعارتها فان للمرتزقه ان یعیروها لمن شاءوا کما ان لهم ان یهبوا منافعها لمن أرادوا و ثانیاً لو سلم عدم الجواز فهذا أمر عرضی و القاعده تنظر إلی الأشیاء بعناوینها الأولیه لا التی تلحقها ثانیاً و بالعرض فلیتدبر.

(۱۵) کلما صح بیعه صح رهنه- و ما لا- فلا-

هذه الکلیه مسلمه فی طردها لا اشکال فیها لان البیع کما عرفت یختص بالأعیان و کل عین ذات مالیه- یصح بیعها کما یصح رهنها انما الکلام فی عکسها و هی أیضاً مسلمه بناء علی المشهور من عدم صحه رهن المنافع نعم یبقی الإشکال فی الدین فإنه یصح بیعه و لا یصح رهنه، لاختصاص الرهن عندهم بالأعیان الخارجیه و لذا جعلوا القبض شرطا فی صحه الرهن عند بعض و فی لزومه عند آخرین و استدلوا بقوله تعالی (فَرِهانٌ مَقْبُوضَهٌ) و فی الخبر: لا رهن الا مقبوضا فتکون القاعده مطرده فی عکسها لا فی

طردها لأن الرهن حينئذ أضيق دائره من البيع و فى هذه القضيه أبحاث دقيقه، و تحقيقات وسيعه، لا مجال لذكرها فى هذا المختصر، و خلاصه ما عندنا فيها من التحقيق ان القبض لا نراه شرطا فى الرهن أصلا لا فى صحته و لا فى لزومه و المراد بالقبض فى الآيه و الخبر اعتبار كون الرهن عينا صالحه للقبض فعلا اى حين العقد فإذا وقع إيجاب الرهن و قبوله وجب على الراهن تسليم العين المرهونه إلى المرتهن وثيقه على دينه كما يجب فى البيع تسليم المبيع بعد العقد فالقبض من آثار العقد لا من شروطه و لا يكفى فى الرهن كونها عينا فقط و ان لم تكن صالحه للقبض فعلا كما فى البيع و من هنا يتجه إمكان القول بصحه رهن الدين إذا كان حالا أو اشتراط حلوله بحيث يمكن قبضه حين الرهن فاغتنم و تدبر.

(١۶) كلما يكال أو يوزن لا يصح بيعه قبل قبضه

و خصه الأكثر بالطعام لما روى عن النبى انه قال (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه) و علله بعض فقهاء الجمهور بضعف الملك قبل القبض لانه لو تلف انفسخ البيع بقاعده كل مبيع تلف قبل قبضه المتقدمه فيتوالى الضمانات فى شى ء واحد.

و فى هذه القضيه أقوال كثيره و مباحث طويله موكوله إلى محلها

(١٧) الأصل فى العقود الحلول إلا مع الشرط فى غير الربوى

يعنى إذا باع داره بمائه دينار مثلا و أطلق أو آجرها كذلك فالأصل يقتضى تسليم الثمن نقداً الا ان يشترط تأجيلها إلا فى الربويات فإن التأجيل يبطلها فلو باعه مناً من الحنطه بمثلها أو بمن من الشعير الى شهر

أو سنه بطل لأن الربويات يجب بيعها مثلا بمثل يدا بيد و كذا فى الصرف و نظائره مما يجب فيها التقابض فى المجلس و يبطلها التأجيل،

(الفصل الثانى فى أحكام الشروط)

(۱۸) الشرط جائز بين المسلمين الا ما أحل حراما أو حرم حلالا

هذه من النبويات أيضا و مثلها

(۱۹) المؤمنون عند شروطهم الا ما خالف كتاب اللّٰه (۲۰) الشرط أملک علیک أم لک

و هذه توضح المراد من الجواز فى الاولى و (عند شروطهم فى) الثانيه و ان المقصود منه هو النفوذ و اللزوم (جاز بمعنى نفذ) لا الجواز بمعناه المعروف. و معنى كون المؤمن عند شرطه انه لا ينفک عن شرطه و لا يتخلف عنه بل هو ملتزم به ابدا. و فى تعليق الظرف على المؤمن و إسناده إليه إشاره إلى ان الايمان يلازم الوفاء بالعهد و الالتزام و ان من لا يفى بعهده فليس بمؤمن، و بالجمله فهاتان الجملتان من جوامع كلمه صلوات اللّٰه عليه و يقع البحث و النظر فى فقه الحديثين و ان المراد بما خالف كتاب اللّٰه أو أحل حراما أو حرم حلالا- ما ذا- هل هو تحليل الحرام بمعنى التشريع مثل ان يشترط عليه ان يجعل شرب الخمر المحرم على المكلف

له. أو يشترط عليه ان يشـرب الخمر على حرمته و يتفرع على هذا انه لو شـرط بائع الجاريه على المشترى ان لا يطأها أو لا يمسها و نحو ذلك أو شـرطت الزوجه فى عقـد النكاح على الزوج ان لا يطلقها أو لا يتزوج عليها و نحو ذلک، فهل مثل هـذه الشـروط بـاطله لأنهـا تحرم حلالا أولا بل المراد تحريم الحلال الـذى علم من الشـرع عـدم صـلاحيته للتغيير و عـدم تأثير شـى ء عليه مثل الإرث و التسـرى و التزويج بأكثر من واحده فلو شـرطت عليه ان لا يورث أولاده أو لا يتسـرى أو لا يتزوج بغيرها كان باطلا لانه يحرم حلالا غير صالح لان يتغير بالشرط بخلاف اشتراط ان لا يسافر بها أولا يخرجها من بيت أبيها و أمثالها من المباحات ذاتاً و تكون بالشـرط واجبه الفعل أو الترک و الا لبطلت الشـروط و لم يبق لها مورد و للفقهاء فى هـذه المشـكله مباحث مطوله و آراء متضاربه شـحنوا بها مطولاتهم. و زبده ما عندنا من الحل فيها بعد الغربله و التمحيص- ان اشتراط شى ء من المحرمات الذاتيه أو العرضـيه كما لو باعه و اشترط عليه شـرب الخمر أو مخالفه النـذر أو الصـيد فى الإحرام أو وطئ زوجته الحائض نظائر ذلک فهو باطل بلا إشـكال لأنه شـرط يحلل حراما ثم اختلفوا انه يبطل العقـد أولا: و قد عرفت ان الأصح ان مثل هذه الشـروط الباطله غير مبطله، و امـا اشتراط ترک شـى ء من المباح کترک الطلاق أو ترک الزواج أو عـدم السـفر، و ما الى ذلک من أنواع الحلال فله صورتـان (الاـولى) ان يكون متعلق الشـروط ذوات الافعال مع قطع النظر عن أحكامها بأن يشترط فى العقـد نفس الفعل أو عـدم الفعل

فیکون الفعل أو عدمه لازما بالشرط و ان کان مباحا بالذات مثل ان تشترط علیه ان لا یطلقها أو لا یتزوج علیها. و أمثال ذلک (الثانیه) ان یکون متعلق الشروط الافعال باعتبار ما لها من الاحکام شرعا تکلیفا أو وضعا فیکون الغرض من الشرط فی الغایه قلب الحکم الشرعی و تغییره فتکون الشروط علی هذا مشرعه مثل ان تشترط فی عقد النکاح ان یجعل الزواج بغیرها أو طلاقها حراما علیه أو یجعل إرثها ثلثا من ترکته لا ربعا أو ثمنا إلی أمثال ذلک من الشروط المغیره لنفس الحکم الوضعی أو التکلیفی و هذه هی الشروط التی تحرم الحلال و تخالف کتاب اللّه و شریعه الإسلام لا الذی هو علی الصوره الاولی و الا لکانت الشروط کلها باطله و لم یبق للشروط الصحیحه مورد کما سبق.

(۲۱) کل شرط تقدم العقد أو تأخر فهو باطل

الشروط المتفق علی لزومها بلزوم العقد بعد فرض صحتها و یکون تخلفها موجبا للخیار هی التی تقع فی ضمن العقد. اما التی تتقدم فان وقع العقد مبنیا علیها کما لو قال بعتک علی الشروط المتقدمه لزمت و کانت کالمذکوره فی العقد و اما التی تتأخر بعده بفاصل معتد به بحیث یکون منفصلا عن العقد فلا اثر لها و لا ترتبط بالعقد أصلا

(۲۲) شرط اللّه أحق و أسبق و الولاء لمن أعتق

هذه أیضا من النبویات قالها صلوات اللّه علیه لما اشترت عائشه بریره و اشترط موالیها ان لهم ولائها عند عتقها فقال (ص): شرط اللّه أحق و أسبق، و الولاء لمن أعتق.

يعنى ان هذا شرط يخالف ما شرعه اللّه فى طبقات الإرث فإن أسباب الإرث نسب أو سبب و السبب اما مصاهره أو ولاء أو امامه و الولاء هو ولاء المعتق و لا يمكن ان يتغير بالشرط فيكون لغيره كما لا تتغير سائر أسباب الإرث

(۲۳) شرط الواقف كنص الشارع

هـذه القاعـده مأخوذه من الحـديث المشـهور الوقوف على ما يوقفها أهلها يعنى انه يجب الاقتصار عليها و عـدم التعـدى حسب الإمكان فلو لم يمكن أو كان فى الاقتصار ضرر على الوقف أو المرتزقه جاز التعدى عنها على خلاف بين الفقهاء لا محل لذكره

(۲۴) كل عقد شرط فيه خلاف ما يقتضيه فهو باطل

لا إشـكال فى ان الشـرط الذى ينافى مقتضـى العقد باطل بل و يبطل العقد لانه يستلزم عدم الجزم بمضمون العقد، انما الكلام و البحث فى تشـخيص منافى مقتضـى العقد من غير المنافى و تعيين الضابطه الكليه فى المقام فلو باعه العبد و شـرط ان لا يعتقه أو بـاعه الـدار و شـرط عليه ان لاـ يبيعهـا أو لاـ يرهنها، و أمثال ذلك مما يسـلب سـلطنه المالك عن بعض التصـرفات فإنها شـروط صحيحه اتفاقا مع أنها تنافى مقتضـى العقـد و (التحقيق) ان المراد بالمنافى الـذى يبطل و يبطل العقـد هو ما ينافى جوهر العقـد و حقيقته مثل ان يبيعه بشـرط ان لا يملك أو بشـرط ان لا يتصـرف أصـلا أو آجره الدار بشـرط ان لا يتصرف فى منافعها فان مثل هذه الشروط تعود إلى إبطال صميم العقد و تؤدى الى شبه التناقض

و مرجعها الى انى بعتک و ما بعتک و آجرتک و ما آجرتک، اما لو باعه و اشترط علیه ان لا یبیع أو لا یرهن أو آجره و اشترط علیه ان لا یؤجر و أمثالها فهی لا تنافی صلب العقد و حقیقته و انما تنافی إطلاقه یعنی ان العقد إذا أطلق کان له السلطنه التامه المطلقه علی المبیع و لو قید کان له السلطنه المقیده اما لو سلبه مطلق السلطه بطل و الفرق واضح بین مطلق السلطنه و السلطنه المطلقه و الشرط بالنحو الأول باطل و بالنحو الثانی صحیح و هذا فی کثیر من العقود و أکثر الشروط واضح، و التمییز بینهما بین و لکن قد یشکل فی کثیر من المقامات مثل ما لو تزوجها بشرط ان لا یطلقها فإنه شرط صحیح و لا ینافی مقتضی العقد بل ینافی إطلاقه و لو تزوجها بشرط ان لا یطأها أبدا ففی مثل هذا الشرط یقع الإشکال فی انه مناف لجوهر العقد و حقیقه أولا طلاقه، و فی أمثال هذا تظهر فقاهه الفقیه و قوه استنباطه و دقه نظره و لطف قریحته.

(الفصل الثالث) فی القواعد المختصه بالخیارات و احکام الخیار

(۲۵) البیعان بالخیار ما لم یفترقا. فإذا افترقا وجب البیع

هذه أیضاً من النبویات المتسالم علی صحه روایتها عند عامه المسلمین و لعلها من المتواتر و یثبت بها أول خیار فی عقد البیع و هو خیار المجلس الذی اتفقت علیه الإمامیه و أکثر المذاهب استناداً الی ان ظاهر الافتراق هو التفرق بالأبدان و هو المتبادر منه لغه و عرفا فیکون معنی الحدیث ان البائع و المشتری لهما الخیار بعد اجراء العقد الی ان یفترقا و ما داما مجتمعین فی مجلس العقد فالخیار باق لهما فإذا تفرقا صار البیع لازما لا خیار فیه من هذه الجهه و علیه فلا مجال لإنکار خیار المجلس و حمل الحدیث علی معنی بعید لا یساعد علیه عرف و لا لغه

(۲۶) المعیوب مردود

تومی هذه القاعده إلی خیار العیب و یمتاز عن سائر الخیارات بان المعیب ثمنا أو مثمنا یوجب الخیار بین الفسخ أو الإمضاء بالأرش و قد یتعین الأرش فی بعض الموارد کما لو حدث عیب جدید یمنع من الرد و قد یتعین الفسخ أو الإمضاء بغیر أرش کما لو أحاط الأرش بالثمن فإن أخذه یستوجب الجمع بین العوض و المعوض فیتعین الفسخ أو الإمضاء

بقبوله معيبا و لا يمكن المطالبه، و هنا مباحث جمه و تحقيقات مهمه، عسى أن تأتى الإشاره إلى يسير منها فى بابها من هذا الكتاب

(۲۷) الخيار فى الحيوان ثلاثه ثم لا خيار

تفيد هذه القاعده (و لعلها نص الحديث) خيار الحيوان و هو أحد الخيارات المشهوره و فيه جهات للبحث عند الفقهاء كثيره منها انه هل يختص بمشترى الحيوان لم يعم بايعه، و هل يختص بعقد البيع أم يعم سائر العقود الناقله

(۲۸) التصرف مسقط للخيار

لا خلاف عندنا ان تصرف ذى الخيار فيما له الخيار فيه مسقط لخياره و الاخبار به مستفيضه إنما الكلام فى مقدار التصرف المسقط فقيل كل تصرف حتى ركوب الدابه و لو قليلا و استخدام العبد و لو بمثل اسقنى الماء. و قيل بل خصوص التصرفات التى لا تصح من غير المالك كتقبيل الجاريه و بيعها و رهنها و الفقهاء هنا بين إفراط و تفريط و الا وفق بالاعتبار و الجمع بين الاخبار ان كل تصرف دال على الرضا و الالتزام بالعقد فهو مسقط للخيار و إلا فلا. فلو ركب الدابه يريد اختبارها و استخدم العبد يريد امتحانه لم يسقط خياره

(۲۹) التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له

مثلا لو تلف الحيوان عند المشترى فى الثلاثه و قلنا باختصاص الخيار به دون البائع فالتلف بمقتضى هذه القاعده على البائع و يسترجع المشترى الثمن منه و لازمه انفساخ العقد قبل التلف آنا ما حتى يكون

التلف فی ملـک البـائع و یرجع الثمن إلی المشتری حسب ما یسـتدعیه کل فسـخ أو انفساخ و الا فلیس من المعقول ان تلف مال شخص یکون ضمانه علی آخر قهرا علیه و هذه القاعده نظیر أختها المتقدمه- کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و الفرق بینهما ان التلف هناک قبل القبض و هنا بعده و الکلام فی ان الفسخ من حین العقد أو من حین التلف عین ما تقدم.

(۳۰) کل خیار فإنه یزلزل العقد

اتفق الإمامیه علی ان العقد الخیاری یقع متزلزلا و ان کانت آثار العقد تترتب من حینه من الانتقال و الملکیه و وجوب التسـلیم و غیرها غایته انه لو فسـخ صاحب الخیار انحل العقد و رجع الثمن إلی المشتری و المثمن إلی البائع و یقع الکلام حینئذ ان الفسـخ هل هو من حینه أو ینحل العقـد من أصـله و یترتب علی ذلک قضـیه المنافع من حین العقـد الی حین الفسخ و علی الأول تکون منـافع المبیع فی تلک المـده للمشتری و منافع الثمن للبائع و علی الثانی بالعکس و نسب الی بعض أعاظم فقهاء الإمامیه ان العقد لا یؤثر إلا بعـد انقضاء زمن الخیار لازما و صـیروره العقد و هو غریب شاذ و علی کل فالعقد الخیاری یقع مراعی فاما ان ینحل و ینتقض أو یلزم و یبرم ثم ان الجواز و اللزوم قد یتعاوران علی العقد و ذلک فی شرط الخیار فقد یشرط الخیار لنفسه بعد سنه فی ثلاثه أیام فإذا مضت الثلاثه و لم یفسخ لزم فهو جواز بین لزومین و لو شـرط له خیارا بعد خیار المجلس بشهر، مثلا فیکون لازما فی الشهر فقط فهو لزوم بین

جوازين و ربما يتحقق أمثال هذا في غير خيار الشرط من أنواع الخيارات كما يظهر للمتتبع النبيه

(۳۱) الأصل في الخيار الفوريه

حيث قد عرفت ان الأصل في العقود اللزوم سيما البيع فلا يخرج عن هذا الأصل إلا بمقدار اليقين فإذا دل الدليل على الخيار في الجمله لزوم الاقتصار على المتيقن و هو الفور فان فسخ ذو الخيار فورا و إلا صار العقد لازما نعم لو كان في دليل الخيار دلاله على التراخي صراحه أو إطلاقا امتد زمن الخيار بمقدار ما يدل عليه الدليل و من هنا قسموا الخيار من حيث الفور و التراخي إلى ثلاثه أنواع (الأول) ما هو على التراخي اما من نفس دليل الجعل كخيار المجلس و خيار ثلاثه الحيوان و خيار ثلاثه التأخير و خيار العيب أو بجعل المتعاملين كخيار الشرط و شرط الخيار (الثاني) ما هو على الفور كخيار الرؤيه على المشهور فإذا باع عينا بالوصف ثم وجدها على خلافه كان له الفسخ فورا فان لم يفسخ لزمه العقد و لكن إطلاق بعض الاخبار قد يستفاد منه التراخي على اشكال (الثالث) ما يصلح لكل منهما و هو الخيار المجعول بجعلهما كخيار الشرط كما عرفت اما خيار الغبن أو العيب فقيل على الفور و لعله المشهور و قيل على التراخي و هو الأقرب عندنا.

(الفصل الرابع) فی الدین و الرهن و الضمان

اشاره

الـدین فی مقابل العین و هو اشـتغال الـذمه بکلی للغیر أو الکلی الـذی اشـتغلت به الذمه للغیر، مثلًا إذا اشـتغلت الذمه بدرهم فهو کلی لأن کل درهم فی الخارج یصلح ان یکون مصداقا له و التعیین فی الوفاء للمدیون، و سبب اشتغال الذمه یکون اختیاریاً تاره کمـا فی العقود مثـل القرض و البیع و الإجـاره و نحوها، و قهریاً اخری کالواجبات المالیه الشـرعیه مثل الکفارات و الضـمانات و النفقات و غیرها. و یکون حالا و مؤجلا حسب الجعل. و الرهن هو الوثیقه علی الدین، و یمکن جعل الوثیقه علی العین کالعاریه و المقبوض بالسوم و نحوها و لکن لا یسمی رهنا. اما الضمان فهو عند الجمهور اشتغال الذمم بحق واحد فهو عندهم من الضم و النون زائده فیصح ان یقال انه ضم ذمه إلی أخری. و عند الإمامیه انتقال الحق أو نقل الحق من ذمه إلی أخری فهو من الضـمن و النون اصلیه و المراد بالحق المضمون هو الدین أی الحق الثابت فی الذمه فعلا أو بالقوه القریبه کدرک الثمن أو المثمن و کنفقه الزوجه مده شهر

أو سنه و هذا هو الذی یصح الرهن علیه و من هنا تتجه القاعده

(۳۱) کلما جاز الرهن علیه جاز ضمانه

و هی کلیه مطرده فی طردها، اما عکسها و هو مالا یجوز الرهن علیه لا یجوز ضمانه فقد ینفض بدرک المبیع فقد قیل انه لا یجوز الرهن علیه لاستلزامه بقاء الرهن فی الغالب مؤبدا لجواز ان لا یظهر له مستحق بخلاف الضمان فإنه لا محذور فیه و لا یخفی ما فیه.

(۳۲) کل دین حال لا یتأجل

تأجیل الحال یحتاج الی سبب جدید و هو نادر منها اشتراط تأجیله فی عقد لازم. و منها ضمان الغیر له مؤجلا.

(۳۳) کل دین مؤجل لا یکون حالا

الا برضاهما أو موت المدیون للخبر المشهور (إذا مات المیت حلت دیونه) و سره زوال ذمته بموته فینتقل الحق فی ماله و هذا نظیر ما ذکرنا سابقاً من اشتغال ذمه المال لا ذمه الرجال یعنی انتقل الحق من ذمته الی ترکته

(۳۴) الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف

الظاهر انه حدیث أو مضمون حدیث و الأصل و الاعتبار أیضاً یقتضی ذلک إذ لو أطلق التصرف للراهن فی العین المرهونه کما کان قبل الرهن زال الوثوق، اما المرتهن فلیس له الا حق استیفاء دینه من الرهن لو امتنع الراهن عن الأداء فالعین و منافعها لا تزال ملک الراهن و ان کان ممنوعا من استیفائها بنفسه

(۳۵) المرهون غير مضمون الا مع التعدى أو التفريط

لان العين المرهونه عند المرتهن امانه و الامانه لا تضمن إلا بالتعدى أو الشرط

(۳۶) المرتهن أحق برهنه

و هذه احدى فوائد الرهن فان الراهن إذا أفلس أو مات و قصرت أمواله عن ديونه يضرب الغرماء فى تركته بالنسبه، و لكن المرتهن يأخذ تمام دينه من الرهن فيبيعها هو أو الورثه أو الحاكم فان زاد ضمه إلى الأموال للغرماء و ان نقص ضرب معهم بالناقص

(۳۷) الكفيل غارم

فإذا عجز المكفول أو أعسر أو تمرد غرم الكفيل اى تعين للغرامه و هذا على رأى الجمهور فى الضمان و الكفاله و اما عند الإماميه فالمكفول تبرأ ذمته من حين الضمان و ينتقل الحق إلى ذمه الضامن.

ثم ان الضمان يستعمل فى اصطلاح الشرع و المتشرعه و الفقهاء فى معنيين.

(الأول) ما سبق من ضم ذمه إلى ذمه أو انتقاله من ذمه إلى أخرى.

(الثانى) غرامه المال و كون خسارته عليه و لكن لما كان خساره مال كل إنسان عليه لم يكن معنى لاستعمال الضمان بهذا المعنى لأن الإنسان لا يملك على نفسه شيئا لذلك لم يستعمل الضمان فيه الا نادرا و اختص استعمال الضمان فى الأكثر بما إذا تحمل إنسان خساره تلف

مال غیره فیقال هو ضامن لفلان ای یملک علی ذمته غرامه ماله و یمکن اندراج المعنیین تحت عنوان واحد جامع و هو ان حقیقه الضمان هو کون مال إنسان فی عهده آخر فیندرجان تحت ضمان العهده و حیث انه علی خلاف الأصل ضروره ان الأصل عدم تحمل إنسان لعهده مال غیره فلا یتحقق الضمان مطلقا و بأی معنی کان إلا بأسباب خاصه بعضها اختیاری کالضمان بالمعنی الأول و بعضها قهری و ان کانت بعض مقدماته اختیاریه أو لا اختیار فیه أصلا کالضمان بالمعنی الثانی و له أسباب شرعیه کثیره و یساعد اعتبار العقلاء علی سببیتها للضمان أیضاً. و أقوی تلک الأسباب و أکثرها موارد هی الید.

(۳۸) قاعده الید

المأخوذه من الحدیث النبوی المشهور (علی الید ما أخذت حتی تؤدی). و هی أیضاً من النبویات البلیغه و جوامع کلمه صلوات اللّه علیه و کتب فیها علماؤنا الأعلام رسائل منفرده و شروحا ضافیه و لا مجال هنا لبسط القول فیها و خلاصته ما تدل علیه ان کل من وضع یده علی مال غیره ظلماً و عدوانا أو جهلا و نسیانا أو غیر ذلک فهو ضامن له ای یکون عهده ذلک المال علیه حتی یرده الی صاحبه و لازم ضمان العهده أی کون المال فی عهدتک ان ترده الی مالکه ان کان المال موجودا و ان تلف تتدارکه برد المثل أو القیمه إلیه فتودیه الیه ببدله بعد تعذر عینه فالید سبب للضمان بهذا المعنی و یتفرع علی ذلک قضیه ترتب الأیادی علی العین الواحده فالغاصب مثلا إذا باع العین المغصوبه ثم انتقلت من ید الی ید

فکل واحد منهم ضامن و لکن علی البدل بمعنی ان للمالک الرجوع علی ای شخص منهم و یرجع کل منهم علی الآخر و یکون قرار الضمان علی من تلفت العین فی یده، و لنا فی هذا البحث تعلیقات نفیسه علی کلمات الأصحاب و مباحث دقیقه فی هذه القاعده لا یسمعها هذا المختصر

(السبب الثانی) (۳۹) قاعده الغرور

المستفاده من بعض الأحادیث و اعتبار العقلاء المعبر عنها بقولهم:

(المغرور یرجع علی من غره) فلو قدم لک شخص طعاما لتأکله مجاناً أو دابه لترکبها ثم ظهر انها لغیره فله ان یطالبک بالقیمه أو الأجره و علیک ان تدفعها له و ترجع بما دفعت علی من غرک و أغراک بأنه طعامه و قد بذله لک و هکذا أمثال ذلک فی جمیع الأبواب فالغرور من أسباب الضمان کالید، و ینفک الغرور عنها فی الموارد التی لا ید هناک و بینهما عموم من وجه کما لا یخفی و أبواب الغرور المجرد فی البیوع و الإجاره و غیرها کثیره، و یشبه ان یکون من باب التسبیب کالقاعده الآتیه.

(۴۰) الإتلاف

و هو السبب الثالث من أسباب الضمان و هو ینفک أیضاً عن سابقیه و مدرکه القاعده المستفاده من الاخبار أیضاً و هی (من أتلف مال غیره فهو له ضامن) و هی عامه أیضاً کقاعده الید، یعنی ان التلف کالإتلاف یجری

فی العالم و الجاهل و العامد و الغافل، و الناسی و الذاکر، و الصبی و البالغ نعم التلف یختص بالید و یعم السماوی و غیره. کما ان الإتلاف یعم ما لو کان تحت الید أو لم یکن.

(۴۱) الاحترام

من أسباب الضمان احترام عمل المسلم، فمن عمل عملا لمصلحتک مع الاذن من حاکم الشرع أو مطلقا أو أمرته بان یعمل لک عملاـ فقام فلیس معناه انه عمله مجاناً بل علیک اجره المثل له لان عمل المسلم محترم إلا إذا قصد التبرع أو صرح بذلک فلو اختلفا فی صوره عدم التصریح فالقول قوله لأنه أعرف بقصده و لا یعلم الا قبله

(۴۲) ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده

من أسباب ضمان مال الغیر قبضه بعقد معاوضه فاسد و عقود المعاوضات کلها ضمانیه فالبیع مثلا صحیحه مضمون بالثمن المسمی ففاسده مضمون أیضاً، و لکن بالمثل أو القیمه فلو قبض المشتری المبیع بالبیع الفاسد و تلف فی یده مع جهل البائع بالفساد کان مضمونا علیه ای علی المشتری لأن البیع صحیحه مضمون، ففاسده أیضاً مضمون بمثله أو قیمته، و الهبه و أمثالها من عقود الارتفاق و المجان صحیحتها غیر مضمون ففاسدها غیر مضمون فلو قبضت عینا بالهبه الفاسده لا تضمنها لان صحیحها غیر مضمون ففاسدها غیر مضمون. و مثلها الوقوف و الصدقات و أضرابها. و لکن التحقیق ان سبب الضمان فی البیع الفاسد

و نظائره هو قاعـده اليد و سـبب عدم الضـمان فى الهبه و إخوانها هو التسـليط المجانى المسـقط لضـمان اليد كما سـيأتى قريباً و البحث المسـتوعب فى هـذه القاعـده موكـول الى محله و حيث عرفت أشـهر أسـباب الضـمانات و أشـيعها فـاعلم أن للضـمانات مسقطات أهمها و أقومها- الأمانات

(۴۳) الائتمان مسقط للضمان

وضع اليد على مال الغير يقتضـى الضـمان حسب ما عرفت و لكن إذا دفعه إليك مؤتمن سواء كان بصفه الامانه المجرده كما لو كان الدفع لمصـلحته فقط كالوديعه التى هى اسـتنابه فى الحفظ فقد سقط الضمان قطعا فلا ضمان بتلفها الا مع التعدى و التفريط و همـا فى الحقيقه إتلاـف و الاـ فضـمان اليـد ساقـط قطعا، أو كان أمانه مختلطه كما لو كان الـدفع لمصـلحه الطرفين مثل العين المستأجره و مال القراض (المضاربه) و نظائرها أو كانت متمحضه للقابض كالعاريه. فحكم الجميع عدم الضمان للائتمان و ليس على الأمين غير اليمين. فالضمانات لا تجتمع مع الأمانات أصلا و لكن بالحد الذى عرفت من الضمان فتدبره جيداً

(۴۴) الاذن مسقط للضمان

هذا هو المسـقط الثانى فإن الاذن من الشارع أو من المالك و ان لم يكن بصـفه الأمانه الخاصه أو العامه يسـقط الضـمان كما لو اذن لك فى أكل ماله أو عتق عبده عن نفسك أو ركوب دابته و عطبت ففى كل ذلك لا ضـمان و ان كان مقتضى الضمان فى الجميع قائما و هو اليد و لكن الاذن مانع و مثله الإذن الشرعى و هو الأمانات الشرعيه لا المالكيه كاللقطه

و مجهول المالک بل و مال الیتیم عند الولی و مال الغائب عند الحاکم و هکذا الید تقتضی الضمان و الاذن الشرعی یسقطه فتدبر هذا.

(۴۵) التسلیط و الاقدام یسقط الاحترام

مال المسلم و عمله کما عرفت محترم و مقتض للضمان، و لکن لو عمل لک عملا بدون إذنک أو مع نهیک أو باعک بالبیع الفاسد و سلطک علی المبیع مع علمه بالفساد فاتلفته أو تلف من نفسه عندک سقط الضمان عنک و لا یستحق الثمن و لا الأجره لأن التسلیط و الاقدام قد أسقط احترام ماله و عمله و إذا سقط الاحترام سقط الضمان. نعم لو کانت العین موجوده کان له استرجاعها طبعا،،، هذه أهم أسباب السقوط بعد الاسقاط و الوفاء و الدفع أو الإبراء، کما ان تلک أهم أسباب الضمان عدا ضمان الدرک و أشباهه، مما لا یندرج فی عنوان الضمان بالمعنی الذی ذکرناه من کونه تلف مال شخص علی آخر و ضمان العهده یشمل الکل و یعم الجمیع فتدبره.

(الفصل الخامس) فی قواعد عامه متفرقه یبتنی علیها جمهره من الفروع

(۴۶) قاعده السلطنه

التی تستفاد من النبوی (الناس مسلطون علی أموالهم) و یترتب علیها کثیر من الاحکام، مثلا للإنسان أن یتصرف فی داره کیف شاء

و يفتح شبابيک فی جداره و لو مع الاشراف علی جاره و ليس للجار منعه لان الناس مسلطون علی أموالهم الا ان يستلزم ذلک الإضرار بالجار فيرفع لقاعده لا ضرر الحاکمه علی قاعده السلطنه. نعم لو تعارض الضرران رفعت القضيه الشخصيه إلی حاکم الشرع لينظر ای الضررين أخف فيقضی به أو يجد منفذا يتخلص منه الی الجمع بين الحقين و ارتکاب أهون الأمرين

(۴۷) قاعده الجهاله و الغرر

اتفق الکل علی ان الجهاله فی العقود اللازمه کالبيع و الإجاره و نحوهما مبطلان للعقد يعنی انه لا يصح مع الجهاله فی أحد العوضين و التعيين و العلم شرط فی صحه العقود بل الإيقاعات فی الجمله فلو باعه بعشرين و لم يعينها دراهم أو دنانير أو باعه کتابا و لم يعينه بشخصيته أو بوصفه الرافع للجهاله لم يصح العقد، کما انه لو قال احدی نسائی طالق أو أحد عبيدی حر لم يقع طلاق و لا عتق، و هذا مما لا اشکال فيه عند عامه المسلمين فی الجمله، و يؤيد الإجماع الشرعی و العقلائی الحديث النبوی المشهور. نهی النبی عن الغرر. أو نهی النبی عن بيع الغرر. إنما الاشکال و البحث و الجدال فی ضابطه الغرر و الجهاله و قد اضطربت کلمات الفقهاء و اللغو يين فی تعريفه و تحديده و يتفرع علی ذلک فروع کثيره يختلف حکمها باختلاف معنی الغرر، و ان مجهول الوجود أو الحصول أو العين أو الصفه أو المقدار لا يصح بيعه. و سيأتی بيان ذلک فی محله إن شاء اللّه.

(۴۸) قاعده الإحسان

المستفاده من قوله تعالى (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ). و يتمسك بها في موارد كثيره مثل ما لو أودع عندك شخص وديعه و خشيت عليها من التلف فنقلتها الى مكان حريز تأمن عليها فيه و صرفت على نقلها مالا فإنك تستحق الرجوع به على المالك، و ان لم يأذن لك فيه و لكنك محسن و (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) بل يمكن القول بان لك حق سعيك و عملك لان عمل المسلم محترم ان لم تقصد التبرع. و هذا مما يساعد عليه العقل و العرف و الاعتبار سيما في اللقيطه حيوانا أو إنسانا حرا أو عبدا فيجوز بل قد يجب على الملتقط ان ينفق عليها خوف الهلاك و يرجع بها على صاحبها لو وجده بعد ذلك و من قيمتها ان لم يجده بعد سنه و لكن بمراجعه حاكم الشرع و ان كان حرا فمن عمله أو من بيت المال.

(۴۹) قاعده نفى السبيل

المستفاده من قوله تعالى. (لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) و فرعوا عليها عدم جواز بيع العبد المسلم و الأمه من الكافر و لا تزويجها منه فضلا عن تزويج الحره المسلمه و الحق بعضهم به بيع المصحف منه

(۵۰) قاعده عموم التكليف

و يعبرون عنها بان الكفار مكلفون بالفروع كما انهم مكلفون بالأصول. و مقتضى هذه القاعده ان الكافر إذا أسلم يجب عليه ان يقضى جميع ما فاته من بلوغه إلى إسلامه من صلوات و صيام و زكوات و غيرها و لكن يسقط عنه جميع ذلك ببركه:-

(۵۱) قاعده الجب

المستفاده من قوله صلوات اللّه علیه (الإسلام یجب ما قبله) و کانت معاملته (ص) مع المشرکین و غیرهم من الکتابیین الذین یدخلون فی دین الإسلام تشهد بذلک و لا یکلفه بقضاء شی ء مما مضی من الحقوق الإلهیه و لا یبقی علیه الا حقوق البشر من الدیون و نحوها. اما الحقوق المالیه کالزکوات و نحوها فعند المشهور تسقط و لعل القواعد تأتی

(۵۲) الأوصاف لا تقابل بالأعواض

الاـعواض هی الأعیان القائمه فی الوجود بنفسها من نقود و عروض أو ما یتحصل منها کالمنافع، و الأوصاف هی الأعراض التی لاـ تستقل بالوجود و انما یتقوم وجودها بوجود غیرها و ذلک کعوارض الکم و الکیف و إخوانها من المقولات و الأعیان هی التی تقابل بالمال فی نظر العرف و تکون ثمنا لما هو مثلها فی کونه عینا و جوهرا فالعین تقع فی مقابل العین و الثمن یقع بإزاء المثمن، اما الأوصاف التی هی إعراض و لیس لها وجود مستقل فلا یقع شی ء من الثمن بإزائها کما یقع فی مقابل العین و بتوزع علی أبعاضها الحقیقیه أو الاعتباریه، مثلاـ- إذا اشتریت فرسا بشرط کونها أصلیه بمائه دینار أو عبدا بشرط کونه کاتبا فهی بأجمعها فی مقابل العبد أو الفرس لا فی مقابل العبد و کتابته فلا یتقسط شی ء من الثمن علی الکتابه کما تتقسط علی جوارحه، نعم الکتابه و سائر الأوصاف الحسنه فی العبد و فی الخیل تزید فی قیمتها أی فی قیمه عینها و یظهر اثر ذلک فیما لو تخلف الوصف المشترط فی العقد فان تخلفه یوجب

الخیار بین الفسخ أو الإمضاء بالثمن و لیس له المطالبه بالتفاوت کما فی خیار العیب الذی یوجب نقصا فی أصل الخلقه فیکون اما فقد جزء أو فقد ما هو بمنزله الجزء فإن السلامه کشرط ضمنی إلیه ینصرف إطلاق العقد و لا یرتفع أثره إلا بالبراءه من العیوب فلو ظهر المبیع معیبا بمرض و نحوه کان للمشتری المطالبه بالأرش فوصف السلامه غیر أوصاف الکمال و ربما یأتی مزید بیان لذلک فی محله بتوفیقه تعالی

(۵۳) من أحیا أرضاً میته فهی له

هذا أیضا من الأحادیث النبویه المشهوره و یدل بإطلاقه ان الأرض التی لیس لها مالک مخصوص، أو لا یعرف مالکها بالخصوص المفتوحه عنوه أو غیرها إذا أحیاها إنسان ملکها و هذا متفق علیه فی الجمله إنما الکلام أو لا فی انه هل یحتاج الإحیاء إلی إذن الامام أو السلطان أم لا و وجه الأول ان الأنفال هی للإمام و الخراجیه و ان کانت للمسلمین و لکن أمرها أیضاً راجع الی الامام لأنه ولی المسلمین فلا بد من استیذانه بالتصرف فیها و تقبلها منه. و وجه الثانی ان ورود أمثال قوله (ع) من أحیا أرضاً میته فهی له کإذن عام و تملیک للمحیی و (ثانیاً) ان الاحیاء هل یفید ملکیه أبدیه کسائر الاملاک أم تدور مدار بقاء الاحیاء فلو عادت الی الخراب خرجت عن ملکه أم لا و تحقیقه موکول الی محله

(۵۴) النهی فی العبادات یقتضی الفساد مطلقا و فی المعاملات فی الجمله

اما وجه دلالته على الفساد فى العباده فواضح ضروره ان العباده روحها القربه و ان يكون العمل مقربا و النهى يقتضى كونه مبغوضا و المبغوض لا يصلح ان يكون مقربا. اما فى المعاملات فالنهى لا يخلو اما ان يكون لذات المعامله أو لركنها أو غير ركن من أجزائها أو لو صفها اللازم أو لوصفها المفارق أو لأمر خارج عنها اما النهى لذاته فمثل قوله (ع) (لا تبع ما ليس عندك). و (لا بيع إلا فى ملك)، و اما لأركانها فمثل قوله ثمن (الكلب سحت) فان الثمن و المثمن ركنا المعامله، و اما لأجزائها الغير الركنيه فمثل النهى عن بيع غير البالغ فإن البائع و المشترى و ان لم يكونا أركانا فى المعامله و لكنهما من جهه لزوم رضاهما جزءان لها، و اما النهى عن أوصافها اللازمه فمثل النهى عن ملك الرجل عموديه و محارمه فإن الملكيه من آثار البيع اللازمه، و اما لوصفها المفارق فمثل المنع من لزوم المعامله بخيار أو فسخ فان اللزوم وصف مفارق لها، و اما ما كان لأمر خارج فمثل النهى عن البيع وقت النداء بقوله تعالى. (فَاسْعَوْا إِلىٰ ذِكْرِ اللّهِ وَ ذَرُوا الْبَيْعَ)، و مثل هذا النهى لا يقتضى الفساد قطعا كما ان النهى عن الأركان يقتضيه اتفاقا و اما الباقى فمحل خلاف و الحق ان المقامات تختلف و يلزم النظر فى دليل كل مورد بخصوصه حتى يستظهر منه ان المراد من النهى هو الفساد و الحكم الوضعى أو محض الحرمه و الحكم التكليفى فمثل حديث نهى النبى (ص) عن بيع الغرر حيث ان الغرر هو الجهاله و الاقدام على الخطر و هى ترجع الى الثمن أو المثمن و هما ركنان فلا ريب فى انه يدل على الفساد. و لكن مثل لا يملك الرجل عموديه

یحتمل الحرمه و یحتمل الفساد و یلزم فی مثله التأمل و الاستعانه بالقرائن لتحصیل الحقیقه و هی من وظائف المجتهد المطلق و باقی البحث موکول الی محله

(۵۵) کل شی ء لا یعلم الا من صاحبه فقوله مصدق فیه

الأشیاء التی لا یمکن العلم بها فی الغالب الا من نفس صاحبها لا محیص من لزوم تصدیقه فیها و الا لوقف جریان کثیر من الأمور مثلا- إذا أنفقت علی الودیعه التی عندک مبلغاً لحفظها من التلف فقال لک المالک أنت متبرع و قلت قصدت الرجوع بالعوض و لم اقصد التبرع فقصدک لا یمکن العلم به عاده الا من قبلک فلو لم تصدق فیه لوقف جریان القضیه و لم تنحل مثل هذه الخصومه غایته انه لسد احتمال الکذب تلزم بالیمین و نظائر هذا کثیره و لعل الی هذا ترجع قاعده

(۵۶) النساء مصدقات

یعنی فی الأمور التی لا تعلم عاده إلا منهن مما هو مختص بشئون النساء کالحیض و الحمل و الخلو من الزوج و الدخول و أمثالها فلو ادعت انها ذات زوج أو خلیه أو خرجت من العده فلا اثر لرجوع الزوج- تصدق و لا یطلب الیمین منها الا عند الخصومه

(۵۷) الضروره فی کل شی ء إلا فی الدماء

یعنی ان الضروره تبیح کل محظور الا الدماء. و الی هذا أشیر فی بعض الاخبار (لا تقیه فی الدماء) ضروره ان التقیه إنما شرعت لحفظ الدماء فلا مجال لجریانها فی ضد ما شرعت له فلو قال لک الظالم اقتل

المؤمن مثلا (و هو غير مستحق القتل) و الا قتلتک لم یجز لک قتله نعم لو صال علیک شخص یرید قتلک جاز بل وجب علیک دفعه و لو توقف علی قتله جاز. و الفرق بین المقامین واضح فالإکراه و الجبر لا اثر له فی النفوس المحترمه. نعم لو قال الظالم مع قدرته أحرق بیت فلان و الا قتلتک جاز لک إحراقه و لا ضمان علیک للإکراه و السبب هنا أقوی من المباشر

(۵۸) لا یدفع الضرر بإضرار الغیر

إذا توجه الضرر علیک ابتداء فأراد الظالم مثلا ان یأخذ طعامک لا یجوز لک ان تدله علی طعام جارک لتدفعه عن طعامک لانه لا یجوز ان یدفع الإنسان الضـرر عن نفسه بإضرار غیره، نعم لو توجه الضرر علی الغیر ابتداء لا یجب علیک دفعه بإضرار نفسک فلو قـال الجائر أعطنی الطعام الـذی عنـدک لفلان و الا أخـذت طعامک جاز ان تعطیه ذلک الطعام و لا یجب علیک الـدفع عنه بإعطاء طعامک. فاعرف ذلک

(۵۹) الإنسان قد لا یملک شیئاً و یملک ان یملک

یظهر هذا فی مثل الشفعه فإن الشریک لا یملک و لکن یملک ان یملک و فی الحیازه و أمثالها

(۶۰) القدره علی التسلیم شرط فی المعاوضات

و یظهر منهم اعتبار تحقق القدره حال العقد و لکن لا نجد مانعا من کفایه حصولها و لو بعد العقد ما لم یحصل غررا و جهاله

(۶۱) کل من صحت مباشرته لشی ء صحت وکالته الا الواجبات التعبدیه

هذه ضابطه ما تصح الوكاله فيه شرعا و هی عامه لا يخرج منها الا العبادات البدنيه و يلحق بها النكاح و اليمين و النذر و الا بلاء و اللعان و القسامه و تحمل الشهاده و أداؤها و الظهار، اما العكس ای ما تصح الوكاله فيه و لا تصح مباشرته فقد ذكر له الجمهور أمثله كثيره و الذی يتم منها على أصولنا، باب الوكاله على التوكيل مطلقا و منها توكيل المحل محرما فی ان يوكل محلا فی التزويج و توكيل المسلم ذميا ان يوكل مسلما فی شراء العبد المسلم

(۶۲) أصاله عدم تداخل الأسباب و عدم تداخل المسببات

فإذا اشتريت مثلا حيوانا و اشترطت لنفسک الخيار ثلاثه أيام لم تتداخل هذه الثلاثه فی ثلاثه خيار الحيوان بل يكون لک ثلاثه أخرى غيرها لأن الأصل فی كل سبب ان يكون له مسبب مستقل و لو قال لک من تجب طاعته أكرم عالما و أضف أديبا- لا يكفيک ضيافه عالم اديب فی امتثال الأمرين بل لا بدّ من التعدد- هذا هو مقتضى الأصول و القواعد الأوليه و قد يخرج عنها و يصح التداخل و لكن الدليل خاص كما وقع بالشرع فی موارد أشهرها تداخل الأغسال فمن كان عليه غسل جنابه و غسل مس ميت و أراد ان يضم إليها غسل الجمعه كفاه عن الجميع غسل واحد سيما مع قصدها اجمع، و قد ورد فی أخبارنا المعتبره:

(إذا اجتمعت للّه عليک حقوق كفاک غسل واحد)، و نظيره ركعتا تحيه المسجد و غير ذلک

(۶۳) كلما جازت الإجاره على شی ء مع العلم جازت الجعاله عليه مع الجهل

توضیح ذلك انه لو شردت دابتك أو أبق عبدك و ترید أن تستأجر شخصاً علی ردها فان كان العمل معلوما زمانا و مكانا و وصفا جاز ان تستأجره و تعین المده لطلبها یوما أو یومین و ان كان مجهولا كما هو الغالب لم تصح الإجاره و صحت الجعاله فتقول له ان رجعت دابتی فلك كذا بل ما هو أوسع من ذلك فی الجهاله فتقول من رد عبدی فله كذا

(قواعد خاصه بالإقرار)

(۶۴) إقرار العقلاء علی أنفسهم نافذ- أو جائز

و قد تقدمت الإشاره إلی موجز من القول فیها

(۶۵) كل إقرار لا یقبل بعده الإنكار

فلو أقر لزید بعشره دراهم ثم أنكر أو ادعی الاشتباه أو الغلط أو أمثال ذلك لم یسمع منه

(۶۶) كل إنكار یصح بعده الإقرار

و هذا فی باب الأموال و الحقوق واضح فإنه اعتراف یلزم به و لكن یشكل فی أبواب النكاح و العدد و نحوها، فلو ادعت زوجیته و أنكر ثم رجع فأقر أو أنكرت هی ثم أقرت فهل یقبل إقراره أم لا و كذا لو أنكرت رجوعه فی العده ثم أقرت بعد العده انه رجع بها فی العده و المسأله تحتاج إلی تأمل

(۶۷) كل من قدر علی إنشاء شی ء قدر علی الإقرار به أی إقراره نافذ فیه

و من أمثله ذلـک مـا ذکروه فی مسائـل الرهن و فروعه انه لـو اذن المرتهن للراهن فی بیـع العین المرهونه فباعهـا الراهن و ادعی المرتهن انه رجع عن الاـذن قبـل البیع فهو باطـل و ادعی الراهن انه بـاع قبـل الرجوع فهو صـحیح قـالوا ان الراهن إذا قـال بعت و صـدقه المرتهن ثم ادعی الرجوع قبـل الـبیع فـالقول قول الراهن و البیع صـحیح، و إذا ادعی المرتهن الرجوع و صـدقه الراهن ثم ادعی انه باع قبل الرجوع فالقول قول المرتهن و البیع باطل و مدرک هذا التفصـیل هو القاعده المزبوره فإن الراهن له إنشاء البیع فی الصوره الأولی قبل ان یدعی المرتهن الرجوع فینفذ إقراره لان من قدر علی إنشاء شی ء نفذ إقراره فیه بخلاف الصوره الثانیه فـإنه لمـا ادعی المرتهن الرجوع أولاـ و صـدقه الراهن لم یکن للراهن ان یبیع فی ذلـک الوقت لان الرجوع صار محققا اما سابقاً أولا حقاً فلو أراد الراهن إنشاء البیع حینئـذ لم یصـح فلا یصـح إقراره بتلک القاعـده أیضاً و استشـکلوا فی جمله فروع و لعل الی هذه القاعده ترجع القاعده المعروفه عند فقهائنا و أفرد فیها بعض اعلامنا المتأخرین رساله و هی.

(۶۸) من ملک شیئا ملک الإقرار به.

و هی غیر قاعده الإقرار المعروفه طبعا و مثلوا لها بالوصـی و الوکیل و ولی الصـغیر و متولی الوقف فإنهم إذا أقروا ببیع مال الیتیم مثلاـ أو إیجـاره أو إیجار الوقف و غیر ذلک فإن إقراره نافـذ لانه یملک البیع و الإیجار و من ملک شـیئاً ملک الإقرار به و قبول هذا الإقرار مخالف لقاعده الإقرار

فإن إقرار العاقل انما ينفذ على نفسه لا على غيره و الإقرار فى هذه المواضع صار نافذا على الغير و لكن بذلك الملاك الذى أشارت إليه القاعده.

و هذه لمحه موجزه من هاتين القاعدتين المفيدتين، و البسط محال الى موضعه، اما عكس الاولى و هو من لا يقدر على إنشاء شى ء لا- يقبل إقراره فيه فهى مسلمه أيضاً فى الجمله و يخرج منها من أقر على نفسه بالرق إذا كان مجهول النسب فإنه يقبل مع انه لا يقدر على إنشاء الرق لنفسه و عند الجمهور ان المرأه تقدر على الإقرار بالنكاح مع انها لا تقدر على إنشائه فليتأمل.

(٦٩) كل من أقر بحق لسبب مجهول قبل تفسيره له

مثلا- لو أقر بأن دارى انتقلت لزيد فلو قال بعد ذلك نقلتها بالسبب الجائز كالهبه و قد رجعت بها لا بالسبب اللازم كالبيع فلا رجوع- يقبل قوله و لا يلزم بالدار استصحابا لبقاء ملك المقر له

(٧٠) كل من أقر بمبهم يلزم بتفسيره و يقبل قوله فيه

فمن أقر بأن على لزيد دين أو مال يلزمه الحاكم بتفسيره و لو فسره بدرهم أو أقل قبل- الا ان تكون هناك قرينه معتبره على خلافه

(٧١) كل عاريه امانه

اى لا تضمن بغير التعدى و التفريط و يستثنى من ذلك عاريه الذهب و الفضه أو مطلق العاريه مع شرط الضمان

(٧٢) كل هبه يجوز الرجوع فيها بعد القبض،

إلا إذا كان الرجوع بعد التلف أو كانت معوضه أو هبه الرحم

(٧٣) كل صدقه لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض.

اى بعد قبض مستحقها و يشمل الصدقات الواجبه كالزكوات و الكفارات و نحوها و المستحبه كالصدقه المطلقه أو الوقف و أخواته

(٧۴) كل تصرف من المكره عقدا أو إيقاعا باطل

لان القصد و الاختيار شرط ركنى فى جميع المعاملات و الإيقاعات بل و العبادات

(٧۵) كل معامله من عقد أو غيره من غير المالک فهى فضوليه

و المراد بالمالک من له حق التصرف فيشمل الوكيل و الوصى و الولى و المتولى و معامله الفضولى فى جميع الأبواب موقوفه على الإجازه على تفصيل يأتى فى محله إن شاء اللّه

(٧۶) القرعه لكل أمر مشكل

هذه القاعده مشهوره فى كتب الفقه و هى مستفاده من أحاديث مرويه من طرق الفريقين و فى بعض أخبارنا: كل أمر مجهول فيه القرعه، و لكن أصحابنا لا يعملون بها إلا فى موارد مخصوصه و يقول بعضهم انها موهونه بكثره التخصيص و يظهر من القرآن المجيد انها كانت مشروعه فى الشرائع السالفه مثل قوله تعالى فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ، و قوله عز شأنه (إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ)، و قد ورد عن النبى (ص) انه استعملها فى العتق حيث أعتق رجل سته مماليک لا مال له سواهم فجزأهم و أقرع بينهم فأعتق اثنين و أرق أربعه، و يظهر من هذه الواقعه إن للقرعه مجالا واسعا. لكن الشک يقع فى ان مورد القرعه هو الواقع

المجهول فقط كما لو طلق زوجه معينه و نسى انها هندا و زينب فتعين بالقرعه، أو يعم حتى مالا واقع له أصلا كما لو طلق احدى زوجاته أو أعتق أحد عبيده فهل تجرى القرعه هنا أم لا، اما واقعه النبى (ص) فتدل على أوسع من هذا فليتأمل.

(۷۷) لا مقاصه إلا مع اليقين و العجز عن تحصيل الحق

فلا تجوز مع الظن بالحق فضلا عن الاحتمال و الشك أو التهمه كما لا تجوز مع إمكان تحصيل الحق بطريق الحاكم العادل أو الجائر فإن تعذر و امكنه أخذ عين ماله من الجاحد أو مجانسه مثلا أو قيمه جاز له ذلك بلا توقف و ان لم يجد عين ماله و اضطر إلى أخذ جنس آخر بدلا عن ماله توقف على اذن حاكم الشرع اما الأخذ من الوديعه ففيه قولان منشؤهما روايتان عن النبى (ص) انه قال: (أد الأمانه الى من ائتمنك و لا تخن من خانك) و قوله لهند (خذى ما يكفيك و ولدك من ماله) اى من مال أبى سفيان و مال الرجل وديعه عند الزوجه

(۷۸) كل دعوى تسمع مطلقا

خلافا لبعض فقهاء الجمهور فإنهم اشترطوا فى سماع الدعوى سبق الخلطه استنادا الى ما يروى فى ذيل حديث (البينه على المدعى و اليمين على من أنكر) إذا كانت بينها خلطه، و بما رووا عن على (ع) (لا يعدى الحاكم على الخصم الا ان يعلم بينهما معامله)، و لم يثبت عند الإماميه شى ء من هذه الروايات و قولهم لو لا ذلك لاجترأ السفهاء على ذوى المروات فان وقفوا معهم فى الدعوى سقطوا و ان صالحوا ذهبت

أموالهم مدفوع بإمكان التوكيل على ان القواعد الكليه لا تقدح فيها العوارض الجزئيه

(۷۹) الكافر لا تسمع شهادته لمسلم أو عليه مطلقا مع وجود غيره و مع عدمه إلا فى الوصيه كما فى الآيه فى واقعه خاصه

اما شهادته لأهل ملته ففيه خلاف و الا صح عندنا ان ذلك منوط الى نظر الحاكم و وجدانه، و حصول ثقته و اطمينانه، حسب القضايا الشخصيه و لم أجد قائلا به مع قوته،

(۸۰) لا نذر الا فى طاعه و لا يمين إلا فى مباح

هاتان ضابطتان لمتعلق النذر و اليمين فان النذر عندنا لا يلزم الا فى الراجح دينا أو دنيا و لا يصح فى المباح المتساوى الطرفين نعم هو يصح و يلزم باليمين فعلا- أو تركا و لا يصح اليمين بالمكروه أو المرجوح دنيا فضلا عن الحرام و لكن إذا حلف على فعل أو ترك ثم تبدل بعنوانه أو ظهر عدم رجحانه جاز له حل اليمين و العدول الى ما هو خير منها كما ورد فى الاخبار المعتبره. (إذا وجدت خيرا من يمينك فدعها)

(۸۱) قاعده العدل

المستفاده مما ورد فیمن أودع عنده رجل درهمین و آخر درهما و امتزجا ثم تلف درهم بلا تفریط و لم یعلم انه من صاحب الدرهم أو من صاحب الدرهمین. قال (یعطی صاحب الدرهمین درهما و نصف و لصاحب الدرهم نصف درهم) و حملها بعض فقهائنا علی الصلح القهری فرارا من المخالفه القطعیه، و یمکن تعمیمها إلی أمثال موردها فیصح العمل بها فی کل مال مردد بین شخصین أو أشخاص و لا سبیل الی تعیین صاحبه الواقعی بناء علی عدم العمل بالقرعه فی الحقوق و الأموال بل قد یتوسع الأخذ بها حتی فیما لیس له واقع مجهول کما لو دفع مالا الی وکیل شخصین لکل منهما علیه دین و لم یعین أحدهما أو کان علیه لشخص دینان أحدهما برهن و الآخر بلا رهن و لم یعین ما دفعه عن دین الرهن أو عن الآخر فیحتمل ان له التعیین بعد الدفع و یکون القبض موجبا للملک المراعی بالتعیین علی نحو الکشف و یحتمل التوزیع کما تقتضیه قاعده العدل. و یحتمل استصحاب شغل الذمه بکلا الدینین و استصحاب بقاء المال علی ملک الدافع و یکون امانه عند القابض حتی یلحقه التعیین من الدافع فیملکه القابض و أقوی الوجوه الأول ثم الثانی. و المسأله سیاله کثیره الأشباه و النظائر فی الأموال و غیرها.

و قد ذکر الفقهاء فرع الدینین فی فروع کتاب الرهن و ان الرهن إذا

ادعی ان ما دفعه عن دین الرهن یصدق لانه لا یعلم الا من قبله. نعم لو اعترف انه لم یعین جاءت الاحتمالات المتقدمه، و یشهد لقاعده العدل أیضاً من طریق الجمهور ما رواه فی (کنز العمال) فی أبواب القضاء من ان النبی (ص) أتاه رجلان یختصمان فی بعیر و اقام کل واحد شاهدین انه له فجعله بینهما

(۸۲) ذوات الأسباب لا تحصل إلا بأسبابها

جعل الشارع المقدس للعناوین الاعتباریه- المجعوله لحفظ نظام الهیئه الاجتماعیه للبشر و تعاون بعضهم مع بعض. و ضبطا للمصالح المتبادله و المنافع المشترکه. نعم جعل لتلک الروابط ضوابط و أسبابا خاصه، و أوضاع معینه، فالملکیه و الزوجیه. و الرقیه و الحریه و أمثالها لا تتحقق بنظر الشرع و العرف الا من أسبابها التی جعلت لها عقدا و حلا فلا تعقد الا بذلک السبب الخاص و لا تحل عقدتها الا من سبیلها المعین. فأسباب نقل الملکیه مثلا- البیع و الإجاره و الصلح و أمثالها و إذا عقدت بسببها الخاص لا تنحل عقدتها أیضاً إلا بأسباب مخصوصه من خیار أو فسخ أو تقابل و نحوها، و هکذا الزوجیه قد جعل الشارع لها أسبابا محدوده و هی عقد الزواج مثلا و ملک الیمین و لا ثالث لهما و جعل لحل هذه العقده و فکها مفاتیح محصوره و هی فی عقد الزواج الفسخ و الطلاق و اللعان و الرده و الموت فلا- تنحل عقده النکاح الا بواحد من هذه الأسباب فلو ان الزوج بعد تمامیه العقد أعلن و سجل رفض تلک الزوجیه و قال انی قطعت ذلک الحبل و حللت ذلک العقد و فلانه

ليست زوجتى لم تخرج عن زوجيته و لا تنفصل عن حبالته الا بالطلاق و مثله مما جعله الشارع سبباً لحل تلك العقده و لا تنحل بغيره، و هكـذا الحريه و الرقيه فإن الشارع جعل لرفع العبوديه و الرقيه سببا خاصا أو أسبابا محصوره و هى العتق مثلا أو التنكيل فلو ان المولى أعلن انى رفعت ملكيتى عن هـذا العبـد و أطلقته و أمثـال ذلـك لم تتحقق حريته الاـ بالسـبب الخـاص و هو العتق الـذى لاـ يحصـل إلاـ بالصـيغه الخاصه و هى قوله أنت حر و ما يؤدى معناه ان قلنا بالتوسـعه و كـذلك ملكيه زيـد للـدار لو قال تركت ملكيتها و رفعت يـدى عنها و رفضـتها لا تخرج عن ملكيته الا بان يقول وهبتها أو بعتها أو نحو ذلك، و على هـذا المنوال جميع هـذه العناوين الخاصه لا تزول إلا بأسـبابها المقرره، و على هـذا يتفرع القـدح فى القضـيه المعروفه عنـد بعض المتفقهه أو الفقهـاء و هى ان الاـعراض يوجب زوال الملكيه و صـحه تملك الغير و هـذه قضـيته غريبه لا تنطبق على القواعـد الشـرعيه و ان كـانت شـائعه مشـهوره و الاـعراض لا يزيل ملكيه و لا يثبت ملكيه، نعم أقصـى ما يفيـده الاعراض إباحه الانتفاع بالـدلاله التبعيه العرفيه و الا فهى أيضاً محل نظر إلا فى بعض الموارد كما لو زاد عنـد أهل البيت طعام فألقوه فى الطريق فان ظاهر الحال يقضـى بإباحته لمن أخـذه هذا أقصـى ما يدل عليه الاعراض فى أمثال هذه الوقائع اما نزع الملكيه بحيث تجعله من المباحات يملكه كل من حازه- فمن اين؟

و قـد يتوهم ان قاعـده سـلطنه الإنسـان المطلقه على مـاله تقضـى بـان له نزع ملكيته عنه إذا أراد و حقيقه الاـعراض ليس الا نزع الملكيه و هو مسلط

على ماله كيف شاء و لكنه مدفوع بأن الملكيه نحو من السلطنه و لا يعقل ان يكون الشى ء مقتضيا لعدم نفسه فثبوت السلطنه للإنسان لا يدل على ان له نفى تلك السلطنه و نتيجه العقود و المعاملات ليس نزع السلطنه بل تبديلها و تحويلها فتدبره جيداً و يبقى الكلام فى مثل الالتزامات الضمنيه (كالشروط) فى ضمن العقود أو الاستقلاليه (كالنذور) و انها هل تثبت ملكيه أو ترفعها و ذلك فى مثل شرط النتيجه أو نذر الغايه أو لا يصح الا شرط أسبابها و نذر مباديها و ظاهرهم الاتفاق على ان الشروط و النذور أسباب بنفسها تثبت الملكيه و ترفعها كالبيع و نحوه و لعل مستندهم عموم أدله الشروط و النذور فان تم الإجماع على ذلك فهو و الا فللتأمل فيه مجال أما الزوجيه و فكها بالطلاق أو الفسخ و نحوهما فلا ريب فى عدم تأثير الشروط و النذور فيها قولا ـ واحدا و انها لا تتحقق بنحو شرط النتيجه و انما يصح تعلق النذر أو الشرط بفعل أسبابها لأنها مما علم من الشرع انها لا تحصل الا بتلك الأسباب الخالصه فاغتنم و تدبره،،، ثم ان هذه القاعده أعنى قاعده الأسباب من منفرداتنا لم نجدها فى شى ء من مؤلفات الأصحاب صراحه اللهم إلا ـ بالإيماء و الإشاره و قد استخرجناها من فحاوى النصوص و متفرق كلماتهم كما ان المناقشه فى جعل الا ـ عراض من أسباب نزع الملكيه بهذا البيان لم أجد من تعرض لها فيما وقفت عليه و لعلها محرره و لم استحضرها، و حيث بلغ الكلام بنا الى هذا المقدار من ذكر ما حضرنا من القواعد المستدركه على قواعد المجله و قد انهيناها

الی اثنتین و ثمانین قاعده و بضم ما لخصناه من قواعد المجله یبلغ الجمیع مائه و سبع عشره قاعده جلها أو کلها فی خصوص العقود و المعاملات و ما یلحق بها من بعض موازین القضاء و حسم الخصومات و النذر و الیمین،، اما لو أردنا أن نحصی جمیع القواعد التی یرجع إلیها فی عامه أبواب الفقه من العبادات و الوصایا و أبواب النکاح و الرضاع و الأولاد و النفقات و الطلاق و ما یلحق به من الخلع و الظهار و الإیلاء و اللعان و المطاعم و المشارب و الصید و الذباحه و القضاء و المیراث و الشهادات لأمکن أن تنتهی إلی خمسمائه قاعده أو أکثر، أما الشهید الأول رضوان اللّه علیه فقد جمع فی کتابه المعروف (بالقواعد) أکثر من ثلاثمائه قاعده و لکن الإنصاف ان کثیرا منها لا ینطبق علیها حد القاعده التی هی قضیه کلیه یعرف منها حکم جزئیاتها أو مصادیقها فان بیان معنی السبب و الشرط و المانع و ان القیود بعضها توضیحیه و بعضها احترازیه، و ذکر الوجوه العدیده لقوله (ع) (نیه لنؤمن خیر من عمله) و أمثال ذلک کله مما لا یندرج فی مفهوم القاعده إلا بتکلف بعید، و علی کل فشکر اللّه مساعیهم و وفقنا لاتباع آثارهم فی العلم النافع و العمل الصالح و لنشرع فی القصد الصمیم من تحریر ما فی المجله من المعاملات کالبیع و الإجاره و أمثالهما علی النهج و الترتیب المسطور فیها و إبداء ما عندنا من الرأی و بیان ما یوافق مذهب الإمامیه منها مما یخالفه، ثم نلحقه إذا وفق اللّه بجزء خاص فی ما یسمونه بالأحوال الشخصیه و اللّه

المستعان على أحوالنا العموميه و الشخصيه و منه نستمد العنايه و التوفيق

كتاب البيوع

اشاره

تمهید مفید

عرفت فی صدر الکتاب ان الفقهاء حصروا مسائل الفقه فی أربعه أنواع عبادات و معاملات و إیقاعات و احکام، أو بتعبیر ثانی، عبادات و معاملات و عادات و سیاسات، و الضابطه للعباده الجامعه لجمیع أنواعها هو کون العمل ذا مصلحه توجب محبوبیته للشارع فان توقفت صحته و التقرب به علی نیه القربه فهو عباده بالمعنی الأخص و الا فإن کان راجحاً و مقرباً بذاته و ان لم یقصد به التقرب فهو العباده بالمعنی الخاص و الا فإن کان بحیث یمکن التقرب به فهو العباده بالمعنی الأعم، و الأول أی العباده بالمعنی الأخص تنقسم إلی ثلاثه أقسام (بدنیه محضه) کالصوم و الصلاه و الطهاره و الاعتکاف، و (مالیه محضه) کالزکاه و الخمس و الکفارات و (جامعه للأمرین) کالحج و العمره و الثانی أی العباده بالمعنی الخاص فهو مثل الجهاد و الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر و القضاء و الشهادات و یمکن ان یکون أکثر الواجبات الکفائیه أو کلها من هذا النوع، و الثالث، و هو العباده بالمعنی الأعم- جمیع الأعمال التی فیها رجحان دینی أو دنیوی فإنه لو نوی التقرب بعمل منها و اتی به للّه تعالی من

وجهه الحسن كـان عبـاده و على هـذا فيمكن ان يكون جميع أعمال الإنسان عباده و من هنا كان بعض الأعاظم يقول (ما عملت فى عمرى مباحـاً قـط فضـلا عن المكروه أو الحرام)، و امـا المعاملات فالمفهوم الجامع لها هو الإنشاء فان كان يتقوم بطرفين فهو العقود و ان تقوم بطرف واحـد فهو الإيقاع، و العقود قسـمان، عقود إذنيه مجانيه. و عقود معاوضات تعهـديه التزاميه و الأول مثل الوكاله و العاريه و الوديعه و الهبه و نحوها و تسـميه هذه عقود انما هو على اصـطلاح الفقهاء لتقومها بطرفين و ان أشـكل صدق العقد عليها لغه و شرعاً فلا يشملها مثل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لان المراد بها قطعاً العقود الالتزاميه لا مطلق ما اشتمل على إيجاب و قبول و لو سـلم صدق العقود عليها عرفاً و شرعاً و لكن وجوب الوفاء انما هو لهذا النوع الخاص من العقود لمناسبه الحكم و الموضوع ضروره ان تلـك العقود من طباعهـا عـدم اللزوم و لا ـ معنى لوجوب الوفـاء بهـا الا ـ على معنى آخر و ليست العقود الحقيقه سوى القسم الثانى و هى العقود الالتزاميه اللازمه نعم يشكل هذا فى المضاربه بناء على عدم لزومها مع انها من العقود الالتزاميه، و على كـل فهى أيضـاً على قسـمين، تقـديريه و هى الـتى يكـون حصول أثرهـا على تقـدير خـاص و ذلـك كـالمزارعه و المساقـات و المضـاربه و السـبق و الرمـايه و الجعـاله العقـديه فـإن الجميع و ان كـان المنشـأ منجزا فعلا ـ و لكن على تقـدير حصول الربـح فى المضاربه أو العائد فى المزارعه و هكذا بخلاف القسم الثانى و هى التحقيقيه فإن المنشأ منجز فعلا بكل تقدير

و ذلک کالبیع فی تملیک الأعیان و الإجاره فی تملیک المنافع فان کان تملیک العین بعوض فهو البیع و ان کان بغیر عوض فهو الهبه و کـذا فی المنـافع فـان کان تملیکها بعوض فإجاره و الا فعاریه بناء علی کونها تملیکاً مجانیاً، اما لو جعلناها اذناً و إباحه أو تملیکـا للانتفـاع فهی خـارجه عن العقود و من هنا یظهر ان الهبه المعوضه لا یراد بها المعاوضه بین الموهوبین و الا لخرجت عن حقیقه الهبه بـل المراد التعـاوض بین نفس نفس الهبتین فهو تملیـک مجـانی مشـروط بان یقابل بتملیک مجانی فلو قال وهبتک هذا بهذا بطل هبه. و هو حینئذ اما بیع صـحیح بناء علی عدم اختصاص حقیقته بألفاظ مخصوصه و جواز استعمال ألفاظ عقد فی عقـد آخر و الا ـ فبیع فاسـد و علی کـل لا ـ تکون هبه، لأـن الهبه مـأخوذ فی حقیقتها المجانیه و عـدم العوض للمال الموهوب اما الصـلح فهو أعم من الجمیع و هو عباره عما یفیـد التسالم و قطع الخصومه فقـد یفید فائده البیع تاره و تاره فائده الإجاره. و هکذا یختلف باختلاف موارد الاسـتعمال. ثم ان بعض العقود قد یجری فیها القسـمان فیکون نوع منها بنحو الاذن و الإباحه و نوع بنحو العهـد و الا ـلتزام و الإ ـلزام کالوکاله فإن القـدر الجامع فیها و ان کان إباحه التصـرف و لکن قسـما منها یکون علی نحو العقـد و الا ـلتزام و منه الوکاله بجعل و یتوقف هـذا النوع علی الإیجاب و القبول و یکون أثره السـلطنه علی التصـرف بحیث لو عزل و لم یعلم الوکیل بالعزل کان تصرفه نافذاً.

اما الاذنی المحض فبمجرد رجوع الموکل عن الاذن یبطل تصرف

الوكيل و ان لم يعلم و هذه هى الثمره بين القسمين كما ان بعض العقود قد يكون جامعاً للجهتين فيكون من جهه عهديا التزاميا، و من جهه أخرى اذنياً صرفاً و ذلك كالإجاره فإنها من جهه تملك المستأجر المنفعه من النحو الأول و من جهه قبض العين و استيلائه عليها من النحو الثانى و هو من الأمانات المالكيه و كل العقود الإذنيه كالوديعه و العاريه و غيرها من هذا القبيل، و لنرجع الى تحرير مواد (المجله) فى البيوع،

(المقدمه) فی بیان الاصطلاحات الفقهیه فی البیوع

اشاره

(ماده ۱۰۱)

الإیجاب:

کلام یصدر من أحد العاقدین لأجل إنشاء التصرف و به یوجب و یثبت التصرف، الإیجاب مصدر أوجب کما ان الوجوب مصدر وجب و ماده هذا الثلاثی و ان وردت فی اللغه لمعانی کثیره و لکن اجمعها و أوسعها بل لعل أکثرها ترجع الی واحد و هو الوقوع و السقوط و منه (فَإِذا وَجَبَتْ جُنُوبُها) و (وجبت الشمس) و غیر ذلک و الی هذا المبدأ یرجع الإیجاب المستعمل فی باب العقود فان المراد به إیقاع تملیک ماله لغیره بعوض فمعنی قولک أوجب البیع ای جعله امراً واقعاً محققاً کما تقول أنت تجاه أمر واقع و هذا الإیقاع هو الذی تعبر عنه بالإنشاء فتقول إنشاء تملیک ماله أو إنشاء تملیک عین بعوض و الجمیع یرجع الی الإیجاد أی الإیجاد الإنشائی الجعلی لا الإیجاد التکوینی فالإیقاع الإیجابی فی العقود هو الإنشاء الإیقاعی فی باب الإیقاعات و کل منهما یحصل منه معنی ربطی بین اثنین و انما الفرق بینهما، (أولا) ان الطرف الآخر یقع المبدأ له و فی الإنشاء الإیقاعی یقع علیه، و (ثانیا) ان الموجب یعمل عملین عن نفسه و عن الطرف الآخر فیملک

(بالتشدید) ماله و یتملک مال المشتری و فی الإنشاء الإیقاعی یتقوم الأمر بعمل واحد و لذا لا اثر فیه لقبول الآخر و عدم قبوله بخلاف الإیجاب فی العقود فإنه لما تضمن عملا یتعلق بغیر الموجب احتاج الی إمضاء الآخر و موافقته علی ذلک العمل المتعلق به فکأن أمر المعامله لا یتم الا بالقبول فالقبول لیس إلا إمضاء و مطاوعه لفعل الموجب و ینحل أیضا الی تملک و تملیک و لکن من الرضا بفعل الموجب لا من فعله مباشره فظهر من هذا البیان ان الموجب هو الذی یملک و یتملک سواء تقدم لفظه أو تأخر و القابل هو الذی یرضی و یطاوع فعل الموجب تقدم کذلک أو تأخر فقضیه الموجب و القابل لیست قضیه تقدیم أو تأخیر و انما الفرق بینهما جوهری و معنوی و حالهما یشبه فی الجمله الکسر و الانکسار و ان کان أیضا بین المقامین فروق من جهات و لکن الغرض تصویر ان القبول لا یختلف تقدم أو تأخر أو تقارن فلو جوزنا تقدم القبول علی الإیجاب وفاقا لبعضهم سیما بمثل اشتریت و ابتعت و نظائرها و قال الموجب بعده بعت و اشتریت و نحوهما فالأول قبول و الثانی إیجاب لأن الأول مطاوعه لعمل الثانی إما ان المطاوعه هل یصح تقدمها لیصح تقدم القبول أم لا معنی لتقدمها فلا یصح فسیأتی البحث فیه فی ماده (۱۶۹) إن شاء اللّه و جل الغرض من هذا التحقیق بیان ما فی عباره (المجله) من الخلل فی ضابطه الموجب و القابل و تمییز أحدهما عن الآخر و ربما اتضح لک ان الخلل فیها من وجهین، (الأول) فی جعل المدار علی الأول و الآخر و الأولیه و الاخریه

لیس لها أثر فی المقام، أصـلا و (الثانی) جعل الإیجاب ما یصدر لأجل إنشاء التصرف و هذا أشد و هنا من الأول فإن الذی ینشأ بالإیجاب و القبول لیس هو التصرف بل ینشأ بهما التملیک و التملک أو النقل و الانتقال أو المبادله بین المالین أو ما أشبه ذلک من الألفاظ التی یشار بها الی معنی واحد و هو ما یقع و یتحصل من العقد و بالعقد- و التصـرف اثر ذلک المعنی أی أثر الملکیه المنشأه بالعقـد و تلخص من کـل مـا ذکرنـا ان المیزان العـدل ان یقـال ان الإیجاب هو ما ینشأ به أحـد العاقـدین تملیک ماله و تملک مال غیره و القبول هو الرضا بذلک و الالتزام به،

(ماده ۱۰۳)

العقد:

التزام المتعاقـدین و تعهـدهما امرا و هو عباره عن ارتباط الإیجاب بالقبول العقود ألفاظ و أقوال و هی من مقوله الفعل، و الالتزام صفه نفسـانیه من مقـوله الکیف، و الارتبـاط وصف قـائم بالإیجـاب و القبول و هو من مقوله النسب و الإضافـات فلاـ ربـط لکل واحد من هذه المفاهیم المتغایره بالآخر و لا وجه لتفسیر بعضها ببعض.

فالعقـد لیس التزاما و لا ربطا و لا ارتباطاً و انما هو الإیجاب المرتبط بالقبول أی الإیجاب المقترن بقبوله. و لیس المنشأ بالإیجاب الالتزام بل الـذی ینشأ به هو التملیک أو المبادله و لازمه عقلا و شـرعاً هو التعهد و الالتزام و لا شـی ء منهما بمدلول للإیجاب لا بالتضمن و لا الالتزام فضلا عن المطابقه و لیس الإیجاب کما عرفت إلا جعل ملکیه زید لدارک امراً واقعاً

و حيث إنک أنشأت هذه الملکيه و أوقعتها و جعلتها امراً واقعاً فيلزمک عقلًا و شرعاً ان تلتزم بها و لا تنقضها فالالتزام حکم من احکام العقد لا نفس العقد و لا جزء منه بل و لا لازم له بل عرض من عوارضه المفارقه و کذا الکلام فی الارتباط فإنه وصف اعتباری رکنی لرکنی العقد و هما الإيجاب و القبول لا جزء منه و لا مدلول له و انما هو معنی حرفی غير مستقل باللحاظ حتی يفسر به العقد علی ان الوصف المعتبر فی الإيجاب و القبول هو الربط لا ـ الارتباط فان المتعاقدين يربطان کلا منهما بالآخر و لکنه قد يرتبط و قد لا يرتبط و حال الربط و الارتباط حال العقد و الانعقاد نظير الکسر و الانکسار فإذا کان العقد صحيحاً جامعاً للشرائط شرعاً و عرفاً تقول عقدته فانعقد و ان لم يکن کذلک تقول عقدته فلم ينعقد کما تقول کسرته فانکسر تاره و کسرته و لم ينکسر اخری، و هکذا الربط و الارتباط و بهذا البيان يتضح المراد بماده (۱۰۴) الانعقاد تعلق کل من الإيجاب و القبول بالآخر علی وجه مشروع يظهر أثره فی متعلقهما، و کان حق التعبيران يقال الانعقاد وقوع الإيجاب و القبول بنحو يترتب عليه الأثر المقصود من العقد، فانعقاد البيع ان يقع الإيجاب و القبول بنحو مؤثر للملکيه و انتقال المبيع إلی المشتری و الثمن إلی البائع، و انعقاد النکاح ان يکون الإيجاب و القبول مؤثرا زوجيه کل من الرجل و المرأه للآخر و هذا هو الأثر المطلوب من العقد و بعباره اجلی ان العقد مؤثر و الانعقاد اثر و الأول موضوع و الثانی حکم أو هو سبب و الأخير مسبب الی کثير من أمثال هذه العبارات الداله علی معنی واحد و من کل ذلک

ظهر لک ان الانعقاد لیس هو التعلق بل هو أثر الإیجاب المتعلق مع بقیه الشرائط فتدبره جیداً،

(ماده ۱۰۵)

البیع:

مبادله مال بمال علی وجه مخصوص و یکون منعقداً و غیر منعقد شاع عند فقهاء الفریقین تعریف البیع بالمبادله المزبوره و من المعلوم ان المراد بها الإشاره إلی حقیقه البیع من بعض وجوهها لا من کل وجه و الا فالبیع لیس مبادله بل تبدیل و لیس تبدیل مال بل تبدیل عین بمال لتخرج الإجاره و کیف کان فلا یراد بأمثال هذه العبارات التعریف الحقیقی إذ لیس البیع سوی مفهوم اعتباری لیس له جنس و فصل حقیقه حتی یعرف بهما و لکن یقصد بذلک الإشاره الی ذلک المفهوم بأخص لوازمه التی تحکی عنه و ینبغی أولاـ معرفه ان للبیع إطلاقین (أحدهما) ما هو من فعل البائع فقط حیث یقول للمشتری بعتک داری بکذا و بعته فلم یقبل و أمثال ذلک من الاستعمالات الشائعه لکثیره و (الثانی) ما هو المرکب من فعل البائع و المشتری و هما الإیجاب و القبول و هو الأکثر استعمالا سیما عند الفقهاء و المتشرعه بل و عند العرف حیث یقال (باع فلان داره) و (قد وقع البیع صحیحاً، أو وقع فاسدا) و هو مقصود المؤلفین فی الفقه بقولهم کتاب البیع و عقد البیع و أمثال ذلک، و التعریف الحقیقی أو التقریبی تاره یکون بلحاظ المعنی الأول و اخری بلحاظ المعنی الثانی،

و التعبير بمبادله مال بمال لا ريب انه ناظر إلى إطلاقه بالمعنى الأول أعنى فعل البائع فقط و مغزى هذه الجمله الإشاره الدقيقه الى ان جوهر البيع مبادله بين المالين أصاله و يلزمه المبادله بين المالكين و الملكيتين تبعاً بخلاف الإرث و الهبه فإن التبادل فيهما بين المالكين أصاله و يستلزم تبدل الملكيتين تبعاً و ليس ثمه تبادل فى المال طبعاً لان المال واحد، و لكن هذه الخاصه لا تخص البيع فقط بل تعم جميع المعاوضات الماليه و تحليل جذرها الدفين ان الملكيه نوع من الجده و هى نوعان، اضافه مقوليه و هى من أضعف مراتب الحده، و اضافه اشراقيه و هى من أعلى مراتبها كواجديه الحق جل شأنه لمخلوقاته و المضاف هنا عين الإضافه فملكيه الإنسان لأمواله عباره عن اضافه بينه و بين المال واحد طرفيها المالك و طرفها الآخر المال و عند المعاوضه يبدل النسبه من طرف المال فيحولها من هذا المال الى مال آخر لا انه يرفع الملكيه كلها أو يبدلها من طرف النسبه اليه، و ملكيته لماله و سلطنته عليه تخوله تبديله بمال آخر و تحويل نسبه هذا المال إليه بنسبه ذاک المال لا تحويل نفس الملكيه و السلطنه ضروره ان الغرض المهم فى المعاوضه المالـن فقط فالتبديل انما يكون بالنسبه إلى جهه المال و يتبعها جهه المالک بل يمكن ان يلاحظ عدم التبديل إلا فى جهه المال فقط نظراً الى ان تلک النسبه و الإضافه إلى المالک باقيه بحالها و انما تبدل طرفها الثانى:

فقد كانت مرتبطه بذلک المال و بعد البيع و المبادله ارتبطت بالمال الأخر فهو اى البيع حقيقه تبديل مال بمال فقط لا تبديل مالک بمالک و لا تبديل ملكيه بملكيه، نعم هى فى الهبه تبديل مالک بمالک و ملكيه بأخرى

و کـذلک فی الإرث، و مـا یقال من انه لیس للملکیه ملکیه حتی یقـدر علی نقلها الی الغیر و لیس له علی السـلطنه سـلطنه حتی یتمکن بها من التصـرف فی ذات سلطنته مدفوع بأنه لا حاجه الی ملکیه أخری و سلطنه ثانیه، لأن کلما بالعرض لا بدّ و ان ینتهی الی ما بالذات و الأشیاء کلها تظهر بالنور و النور ظاهر بنفسه لا بنور آخر و الماهیات کلها توجد بالوجود و الوجود موجود بنفسه لا بوجود آخر کی یتسـلسل، نعم السـلطنه علی الشـی ء لا یمکن إسـقاطها و نزعها و لکن یمکن خلعها علی الغیر و دفعها و هـذا البحث علی اختصـاره من العلم المخزون فتـدبره و احتفظ به و قـد تجلی لک صـحه ان یقال ان البیع تملیک عین بعوض و الهبه تملیک مال بلا عوض و یکون المراد بالتملیک هو ذلک التبدیل المنشأ بقول البائع بعت فان لحقه القبول حصـلت المبادله واقعاً و ثم العقـد و تحقق المعنی الثـانی للبیع و الا فهو بیع بالإطلاق الأول فقط و لم تحصل سوی المبادله إنشاء، و الإنشاء (کما یقال) خفیف المئونه، و هناک إطلاق ثالث للبیع یستعمل فی مقام النذور و العهود و الایمان و الشروط، فإذا نذر أو حلف أو شرط فی عقـد لازم ان یبیع داره لا یحمـل علی اراده محض الإیجـاب بحیث یبرء بمجرد قوله بعت داری و ان لم یکن هنـاک قبول و لا علی اراده العقـد ای مجموع الإیجاب و القبول فان ذلک غیر داخل فی قدرته بل یحمل علی إراده الإیجاب فی محل القبول أی الإیجاب المتعقب بالقبول فیهئ الناذر مشتریاً حتی یکون قبوله محققاً و یبرأ من نـذره أو یمینه و یفی بشـرطه کما قـد یطلق علی معنی رابع و هو اثر العقد فیقال البیع انتقال

المال بعوض فيكون من قبيل إطلاق السبب على المسبب، اما التقييد بالوجه المخصوص كما فى (المجله) فهو مستدرک لا فائده فيه لأنه ان أريد به (ألفاظ بعت و شريت) و نحوهما من الصيغ و الخاصه فهو أشبه بالدور و ان أريد به معنى آخر فهو مبهم و اللازم فى التعاريف الإيضاح لا الإبهام

(ماده ۱۰۶)

البيع المنعقد:

هو البيع الذى ينعقد على الوجه المشروع و ينقسم الى صحيح و فاسد و نافذ و موقوف، لعل المراد بالوجه المشروع- الوجه المذكور فى الماده المتقدمه يعنى انه مبادله مال بمال كى تصح القسمه و لو كان المراد بالمشروع ما هو الصحيح شرعاً لم يتجه تقسيمه المزبور كما هو واضح و على كل، فالأقسام الأربعه اصطلاح (و لا مشاحه فى الاصطلاح) و لكن الأقسام الصحيحه للبيع من حيث النفوذ و عدمه ثلاثه- فإن البيع اما ان يقع صحيحا شرعا صالحا للتأثير أو يقع باطلا لا اثر له و الأول اما ان يكون أثره فعلا فيكون منجزاً أو يكون تأثيره مراعى بأمر متأخر عنه، (فالأول) هو عقد المالك الجامع للشرائط، و (الثانى) هو عقد الفضولى المراعى بالإجازه، فحق القسمه المتجهه ان يقال- البيع اما صحيح أو فاسد، و الصحيح اما نافذ أو موقوف، فالقسمه ثلاثيه لا رباعيه، و تعبير (المجله) مختل حيث جعلت المقسم قسمين، عندنا ان الفاسد و الباطل سواء إذ المدار على التأثير و عدمه و هما

سواء فی عدم التأثیر و ان اختلف السبب

(ماده ١٠٧)

البیع الغیر منعقد:

هو البیع الباطل کأنهم اصطلحوا علی البطلان فقد الأرکان مثل بیع الصغیر أو المجنون أو بیع ما لیس بمال. و الفساد علی فقد الشروط کعدم القدره علی التسلیم أو بیع المجهول. و البطلان و الفساد عندنا شی ء واحد. کما سبق

(ماده: ١٠٨)

البیع الصحیح:

هو الجائز و المشروع ذاتاً و وصفا ای من حیث ذاته و تمامیه أرکانه و من حیث استجماع شرائطه و عدم موانعه.

(ماده ١٠٩)

البیع الفاسد:

هو المشروع أصلا لا وصفا یعنی یکون صحیحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجیه و قد تقدم تفسیره.

(ماده ١١٠)

البیع الباطل:

لا یصح أصلا و هذا واضح بعد معرفه ان البطلان فقد الأرکان

(ماده ١١١)

البیع الموقوف:

بیع یتعلق به حق الغیر کبیع الفضولی حق المقام ان یقال ان الموقوف هو العقد الذی یتوقف تأثیره علی اجازه غیر العاقد اما لکونه مالکا أو لتعلق حق له فی أحد العوضین و الأول کبیع الفضولی و الثانی کبیع الراهن الموقوف علی اجازه المرتهن و بیع المحجور علیه لسفه أو فلس الموقوف علی اجازه الولی أو الحاکم

(ماده ١١٢)

البيع الفضولى:

هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعى لا يخفى قصور هذا التعبير بل عدم مطابقته لمعنى الفضولى و حقه ان

يقال هو من يتولى العقد بدون اذن لا من المالك كالوكيل و لا من الشارع كالولى

(ماده ۱۱۳)

البيع النافذ:

هو الـذى لاـ يتعلق به حق الغير و هـذا تعريف بالأـعم إذ ليس كـل بيع لاـ حق فيه للغير يكون نافـذا بل هو الجامع لشـرائط العقد الفاقد للموانع و أخصر من ذلك هو المؤثر من حينه، و ينقسم الى لازم و غير لازم

(۱۱۴)

البيع اللازم:

هو النافـذ العـارى عن الخيارات قـد مرت الإشاره الى ان العقود من حيث الجواز و اللزوم على ثلاثه أنواع (۱) لازمه من الطرفين ذاتـاً كالبيع و الإجاره و الصـلح و الحواله و النكاح و الصـدقه و غيرها. و قـد يـدخلها الفسـخ و الجواز لسـبب عارض و لكن هى بإطلاقها لازمه (۲) ما يلزم بالنسـبه الى أحد الطرفين كالرهن بالنسـبه إلى الراهن لا المرتهن و الخلع بالنسـبه إلى الزوج لا الزوجه (۳) العقود الجائزه من الطرفين كالشركه و الوكاله و المضاربه و الوديعه و غيرها

(ماده ۱۱۵)

البيع الغير اللازم:

هو البيع النافـذ الـذى فيه أحـد الخيـارات هـذا تعريف بالأخص بل الغير اللازم ما يجوز لكل واحـد من الطرفين أو أحـدهما حله لذاته أو لخيار فيه، كى يشمل العقود الجائزه

(ماده ۱۱۶)

الخيار:

كون أحد العاقدين مخيرا هذا أشـبه ما يكون بتفسـير الشى ء بنفسه أو يشبه كونه دور. بل الخيار كما سيأتى فى بابه إن شاء اللّه، هو سلطنه أحدهما أو كليهما على حل العقد و فسخه مطلقا أو فى حدود خاصه. أو حق استرجاع كل منهما لماله على

اختلاف الرائين فی حقیقه معنی الخیار

(ماده ۱۱۷)

البیع البات:

هو البیع القطعی هذه مستدرکه فان البات ان کان هو اللازم فقد تقدم و کذا ان کان هو النافذ، و ان أرادوا به المنجز فی قبال المعلق فالمعلق فاسد و البات هو الصحیح و قد تقدم أیضاً فتدبره

(ماده ۱۱۸)

بیع الوفاء:

هو البیع بشرط ان البائع متی رد الثمن برد المشتری إلیه المبیع و هو فی حکم الجائز بالنظر الی انتفاع المشتری به و فی حکم الفاسد بالنظر الی کون کل من الطرفین مقتدرا علی الفسخ و فی حکم الرهن بالنظر الی ان المشتری لا یقدر علی بیعه الی الغیر.

بیع الوفاء هو المعروف ببیع الخیار أو بیع الشرط ای شرط الخیار لا خیار الشرط و قد تقدم انه عند أصحابنا الإمامیه بیع صحیح نافذ کسائر البیوع الخیاریه و لا وجه للحکم بأنه بیع فاسد و کون کل من الطرفین مقتدرا علی الفسخ لا یجعله فاسدا و الا لفسدت أکثر البیوع الخیاریه کما ان کون المشتری لا یقدر علی بیعه لا یصیره بحکم الرهن علی ان عدم قدرته علی البیع محل کلام و سیأتی تمام البحث فیه فی محله إن شاء اللّه

(ماده ۱۱۹)

بیع الاستغلال:

هو بیع المال وفاء علی ان یستأجره البائع هذه أیضاً مستدرکه و هو بیع الوفاء بعینه و لا فرق بین ان یستأجره

البائع أو غيره و لا ثمره عمليه فى البين

(ماده ١٢٠) البيع باعتبار المبيع ينقسم إلى أربعه أقسام:

بيع المـال بـالثمن و بمـا انه أشـهر البيوع يسـمى بـالبيع المطلق، القسم الثـانى بيع الصـرف و الثالث بيع المقايضه و الرابع السـلم و الاستصـناع لا يخفى خلل هـذا التقسـيم و عـدم نظمه و لا وجه لإدخال السـلم و رديفه هنا فاعلم- ان البيع ينقسم باعتبارات شتى إلى أقسام شتى، و قد أدخلت (المجله) بعضها فى بعض و القسمه المحرره ان يقال: ينقسم البيع باعتبار جنس العوضين إلى ثلاثه أقسام لأنها اما ان يكونا معا من النقـدين- اى الـذهب و الفضه المسـكوكين أو كلاهما من العروض اى غير النقدين، أو أحدهما من النقـدين و الآـخر من غيرهمـا، فالأـول بيع الصـرف، و الثـانى المقايضه، و الثالث البيع الشائع، و لا بحسن رسـمه بالمطلق فان الجميع مطلق من وجه و مقيد من آخر.

ثم ينقسم (ثانيـاً) باعتبـار تعجيل العوضـين أو تأجيلهما إلى أربعه أنواع أيضاً لأنه اما ان يكونا معاً حالين معجلين و هـذا لا يحتاج الى تقييـد فى العقـد بـل يكفى إرسـال العقـد و إطلاـقه. و لنسـمه البيع المرسل أو المعجل و اما ان يكون الثمن معجلا و المثمن مؤجلا و هذا بيع السـلم و يدخل فيه الاستصـناع كما سـيأتى، أو يكون الأمر بالعكس فهو بيع النسيئه، أو يكون معاً مؤجلين و هو بيع الكلى فى الذمه بالكلى و يمكن جريانه فى الشخصى أيضاً و قد يحمل عليه بيع الكالى بالكالى فى بعض تفاسيره.

ثم ينقسم (ثالثاً) باعتبار ذكر البائع رأس المال الذى اشترى به

السلعه التی یرید بیعها و عدم ذکره أیضاً الی أربعه أقسام فإنه اما ان لا یذکره أصلا کما هو الغالب و الشائع و هو (المساومه)، و اما ان یذکره و یبیع بذلک المبلغ بدون زیاده و هو (التولیه)، و اما ان یزید علیها شیئاً من الربح فهو (المرابحه)، و اما ان ینقص عنها شیئاً فهو (الوضیعه) و کان علی أرباب (المجله) ان یذکروا ذلک.

و هناک تقسیمات أخری أیضا یأتی کل قسم فی محله و بما ذکرنا ظهر تحریر ماده (١٢١ و ١٢٢ و ١٢٣ و ١٢۴) الاستصناع و سیأتی انه اما ان یکون إجاره أو سلما

(ماده ١٢۵)

الملک:

ما ملکه الإنسان سواء کان أعیانا أو منافع هذا أیضا تفسیر الشی ء بنفسه کتفسیر الماء بالماء و الأحسن ان یقال: ان الملک اضافه بین الإنسان و بین الأموال تقتضی سلطنته علیها ثم الأموال أعیان و منافع و حقوق و مثله ما فی-:

(ماده ١٢۶)

المال:

هو ما یمیل الیه طبع الإنسان و یمکن ادخاره الی وقت الحاجه منقولا أو غیر منقول.

لا- تلیق بالکتب العلمیه مثل هذه التعاریف التی یشبه ان تکون عامیه و قد عرفت فی صدر الکتاب انه لیس للمال حقیقه سوی اعتبار العقلاء و لیس اعتبارهم جزافاً بل له مدرک صحیح فإنهم یجعلون للموجودات الخارجیه قیمه و مالیه باعتبار المنافع التی تستغل منها، و بمقدار الحاجه إلیها و الانتفاع بها و الثمرات المرتبه علیها فالاطعمه انما اعتبر العقلاء لها مالیه بالنظر الی ما وجدوا من مسیس الحاجه إلیها و توقف حیاه البشر

علیها و هکذا الأراضی و الحیوان و المعادن کلها کانت مالا بملاک الحاجه و المنفعه، و لما کانت مالیه الشی ء عند العقلاء باعتبار المنفعه به اذن فنفس المنفعه أحق بأن تکون مالا و ان تقدر لها قیمه، و کذلک الحقوق مثل حق الشرب و الاستقاء و حق المرور بل و حق الخیار و حق الشفعه کل هذه الأمور أموال لأنها بنظر العرف ذات منفعه یبذل بإزائها المال فإن شئت فقل: ان الأموال هی الأعیان و المنافع و الحقوق، و اما المالیه فهو اعتبار عقلائی فی الأعیان الخارجیه و منافعها و ناشئ من الحاجه إلیها و اختلاف الرغبات فیها ثم جعلوا لتلک الأشیاء المقومه للمعایش و التی تختلف الرغبات فیها معیارا یکون میزاناً فاختاروا للتبادل النقدین و صیروهما المقیاس العام ثم توسعوا فی ذلک فجعلوا الورق و ما أشبهها من نحاس و غیره بدلا عنها و مرتکزاً علیها فالمال کما ذکرنا اعتبار محض و لکن تاره یکون بالجعل المحض و اخری یتکون من جهه المنفعه و الحاجه و غزاره الآثار و الخواص و علی کل فلا دخل للمیل و عدمه فی مالیه الشی ء و عدمها، کما لا دخل أیضاً للادخار و عدمه فیها. فالفرس مال و ان کنت لا تمیل إلیها، و الورده لیست مالا و ان کان کل أحد یمیل إلیها، و هکذا. نعم الغالب ان المال تمیل الیه النفوس و لکن لیس هو ملاک المالیه و لا دخل له فی حقیقتها أصلا و ان کان یلازمها فی الغالب و انما تدور المالیه مدار اعتبار العقلاء الناشئ من الحاجه و المنفعه المعتد بها لا المنافع التافهه کالحشرات و القاذورات و نحوها و ان کان ینتفع بها فی التسمید و نحوه فتدبر و اغتنمه.

(ماده ۱۲۷)

المال المتقوم:

یستعمل فی معنیین الأول ما یباح الانتفاع به، و الثانی: المال المحرز، فالسمک فی البحر غیر متقوم و إذا اصطید صار متقوماً بالاحراز.

هذان المعنیان غیر متقابلین و لا متعادلین. و هذا نظیر ان تقول الإنسان اما کاتب أو أبیض مع ان الأبیض یکون کاتبا و الکاتب یکون ابیضا. و ما یباح الانتفاع به قد یکون محرزاً. و المحرز قد ینتفع به و تحریر هذه الماده علی الصناعه العلمیه. ان المال الذی عرفت حقیقته و هو المال المتقوم أی الذی یکون له فی حد ذاته قیمه، تاره تکون مالیته فعلیه و اخری تقدیریه، (فالأول) کالأعیان الذی فی قبضه الإنسان المحرزه عنده و (الثانی) کالأموال التی لم یحصل الاستیلاء علیها و لم تحرز فی سلطه أحد مثل السمک فی البحر و المعادن فی الأرض و الطیور فی الهواء فإذا صیدت الطیور أو استخرج المعدن صارت مالیتها فعلیه و الا فهی أموال حقیقیه و لکنها تقدیریه و معنی کونها مالا حقیقه له ان ملاک المالیه قائم فیها و هو الحاجه و عظیم المنفعه و حیث انها لم تقع بعد فی الید فلیست بمال فعلا، ثم الأموال الفعلیه ان کانت بحیث یباح الانتفاع بها المنفعه المهمه منها کالأکل فی اللحوم و الشرب فی المایعات و اللبس فی الجلود فهی ذات مالیه فعلیه شرعیه و ان کانت لا- یباح منها عند الشارع المنفعه المهمه المقصوده منها، و لکن یستبیحها من لا یلتزم بالشرع أو من یتدین بشرع یبیحها کالخمره و لحم الخنزیر و ربما یبذل الکثیر من البشر المال الغزیر بإزائها فهی ذات مالیه

فعليه و لكنها غير شرعيه فهى أموال غير مشروعه لا يصح بيعها و شراؤها و أى معامله عليها لان المالك الحقيقى أسقط ماليتها و لا تصح المعاوضات عنده الا على الأموال، فالشاه المذكاه مال فعلى حقيقه شرعاً و عرفاً بخلاف الميته فإن الشارع لما حرم أكلها و هى المنفعه المقصوده من مثلها سقطت عن الماليه و ان كان فيها كما فى الخمره منافع كثيره و لكن حرمه شرب هذا و حرمه أكل تلك فى الشريعه الإسلاميه المقدسه أسقطها و ان كانت ماليتها محفوظه عند من لا يتدين بهذه الشريعه أو النازغين فيها و الكاذبين فى الانتساب إليها، هكذا يجب ان تحرر المسائل و للّه المنه

(ماده ١٢٨) و ماده (١٢٩) هاتان المادتان غنيتان عن البيان و كل أحد يعرف المال المنقول و غير المنقول

فلا حاجه الى تعريفهما.

أما الأشجار و الغروس فهى من غير المنقول بخلاف الثمار و الزروع على ان الثمره بين المنقول و غيره فى الفقه نادره.

(ماده ١٣٠)

النقود:

جمع نقد و هو عباره عن الذهب و الفضه لا يخفى ما فيه من التسامح فان النقود هى المسكوكات من الذهب و الفضه لا مطلق الذهب و الفضه، اما غير المسكوك منهما أو المسكوك من غيرهما فهو من العروض، و النقود يعتبر فى صحه التعامل بها أمران:

سكه السلطان و الوزن المخصوص و يجرى عليها حكم المعدود من جهه- و حكم الموزون من جهه أخرى فلا يصح فيها الربا كما يصح فى المعدودات

و ان کـانت تعـد من المعـدود و لکن الوزن الخاص ملحوظ فیه و سـکته فی الغالب دلیل علی مقـدار وزنه فتغنی عن اعتباره، اما المسـکوکات النحاسـیه و أمثالها من غیر الـذهب و الفضه فالأقوی انها من المعدودات فقط و الوزن غیر ملحوظ فیها أصـلا و ان کـان الأحوط اجتناب الربا فیها فلا یجوز بیعها بالتفاضل، اما الورق و الأنواط القائمه مقام النقـدین فالأقوی عنـدنا انها تعتبر نفوذاً فیحرم فیها التفاضل و تجب فیها الزکاه و یعتبر فی بیعها التقابض فی المجلس و کلما یجری علی النقدین یجری علیها،

(ماده ۱۳۱)

العروض:

جمع عرض (بالتحریک) و هی ما عدا النقود و الحیوانات و المکیلات و الموزونات کالمتاع و القماش.

الظاهر ان ما عـدا النقدین و الأراضـی داخل فی العروض سـیما الأطعمه و الفواکه و الافرشه و سائر الأدوات التی یحتاج إلیها فی مرافق الحیاه

[ماده ۱۳۲]

المقدرات:

ما تتعین مقادیرها بالکیل أو الوزن أو العدد أو الذراع إلخ ..

المقدرات هی ذوات الکم من الجسم التعلیمی المشـتمل علی الأبعاد الثلاثه و ذوات الکم ان کان متصلا فاما ان یکون المطلوب منه معرفه ثقله فیعتبر بـالوزن [و الکیـل طریق الیه] أو المطلوب معرفه امتـداده و طوله و عرضه فیعتبر مسـاحته بالـذراع و ان کـان الکم منفصـلا فبالعـدد فمقادیر الأجسام تعرف بالکیل أو الوزن أو العدد أو الذراع و لکن الکیل یرجع الی الوزن و الذراع یرجع الی العدد فأصول المقاییس. اثنان

وزن: و عدد.

نعم هنا قسم آخر لم تـذكره (المجله) يغنى عن الوزن و العـدد و غيرهما فى غير المعـدود و المكيل و الموزون و هى المشاهـده كمـا فى الأحطـاب و الزروع جزه و جزتين و قطفه و قطفتين، بل و كثير من الافرشه و الألبسه كالعباء و القباء و الثياب المخيطه و الكتب و الأوانى الزجـاجيه و غيرهـا و كـثير من الآلاـت و الأـدوات فكـان يلزم ذكرهـا و لعلهـا أكـثر من المكيـل و المـوزون و المعدود.

(تحرير و تحوير)

يظهر ان أصـحاب (المجله) ألفوها متأثرين بظروفهم الخاصه و المحيط الـذى كانوا فيه الـذى كان أكثر أهاليه ممن لا يعرفون إلا ذروا من العربيه و لاـ يعرفون ذلـك أيضـاً إلاـ تلقينـاً و تحقيناً، و قـد اضـطرتهم تلك الظروف ان يـذكروا فى (المجله) كثيراً من المواد التى يجدها العربى الأصـيل (بل و الدخيل) من الفضول و التوافه و من قبيل توضيح الواضحات مثل ماده (۱۳۳) المكيل ما يكال .. (۱۳۴) الموزون ما يوزن (۱۳۵) المعدود ما يعد (۱۳۶) المذروع ما يقاس بالذراع، و هكذا الى ان تصل المهزله إلى ماده (۱۶۰) البائع هو من يبيع (۱۶۱) المشترى هو من يشترى (۱۶۲) المتبايعان هما البائع و المشترى،،،

فهل یلیق بالکتب العلمیه سیما التی تدرس فی المدارس العالیه ان تشتمل علی مثل هذه السفاسف التی هی الیوم من قبیل ما یقال (السماء فوقنا) و التی لا یترتب علی نشرها أی فائده.

(و فسر الماء بعد الجهد بالماء) و إذا کان لأصحاب (المجله) عذر من جهه ظروفهم فأی عذر لمن یعنیهم الأمر الیوم فی إبقاء هذه المواد علی ما هی علیه مما لا یتناسب مع عصرنا و محیطنا، و ما العذر فی ترک هذا الکتاب علی علامته من دون تحریر أو تحویر، و ما دفعنا الی النهوض بهذه الاعباء إلا خدمه العلم و تسهیل السبیل إلی الأسس الرصینه لنشأتنا الحدیثه و نشئتنا الناهض و تمرینهم علی طلب الحقائق الجوهریه و عدم الجمود علی تسطیر المواد و الصناعه اللفظیه، و الرصانه و المتانه هی الهدف الاسمی فی کل شی ء سیما فی العلوم و القضایا الحقوقیه، و باللّه المستعان و هو حسبنا و نعم الوکیل و أکثر المواد المسطوره هنا أعنی فی ذیل هذه المقدمه من ذلک الأسلوب الواهی، و اللازم ان نقتصر علی المهم النافع منه: مثل.

(ماده: ۱۴۵)

المثلی:

ما یوجد مثله فی السوق بدون تفاوت یعتد به، اختلف فقهاؤنا فی تعریف (المثلی) و ما یقابله و هو (القیمی) و لیس المراد التعریف و الحد الحقیقی طبعاً بل القصد إعطاء الضابطه للتمییز بینه و بین القیمی حتی یستراح الیه عندالشک فی موارد الضمانات حیث ان المثلی یضمن بالمثل و القیمی یضمن بالقیمه فلا بد من ضابطه

يتميز بهـا المثلى من القيمى. و قـد اختلفت كلمـات فقهائنـا فى تعريف المثلى و عرفه المشـهور بـأنه ما يتساوى اجزاؤه من حيث القيمه. يعنى إذا كـانت (حقه الحنطه) قيمتهـا درهم فربعهـا ربع درهم و هكـذا بخلاـف القيمى فـإن الحيـوان الـذى تكـون قيمه مجموعه ألفاً قد لا تكون قيمه نصـفه مائتين و الجوهر الذى وزنه مثقال قد يكون قيمته ألفين و لكن ربعه قد لا تبلغ قيمته مائه، و بـالجمله، كلمـا يكون لهيئته الاجتماعيه مـدخليه فى ثمنه فهو مثلى و الا- فهو قيمى. ثم أطالوا النقوض على هـذا التعريف و طال النقض و الإـبرام و عرفوه بتعـاريف اخرى تحريـا للأقرب إلى الحقيقه مثل قولهم: «المثلى ما تماثلت اجزاؤه و تقاربت صـفاته» و عرفه آخر بمـا تسـاوت أجزاؤه فى الحقيقه النـوعيه يعنى ان اسم الحقيقه النـوعيه كمـا يصـدق على مقـدار مجمـوع منه كـذلك يصـدق على كـل واحـد من أبعـاضه حتى القبضه بـل الحبه و الحبتـان منهـا و لاـ بأس بهـذا التعريف و ان كان ينتقض بكثير من القيميـات كالجوهر. فان اسم النوع الصادق على مجموعه يصـدق على أبعاضه. و قـد اتفقوا على ان الجواهر بجميع أنواعها قيميه كما اتفقوا على ان المسـكوكات بل مطلق الذهب و الفضه مثليه، و التحقيق عندنا فى المقام: ان هذا البحث (اعنى تعريف المثلى و القيمى) ينبغى ان يكون ساقطاً من أصـله إذ لم يرد فى دليل من كتاب أو سـنه، هذان اللفظان حتى يلزمنا البحث عن معناهما و طلب المائز بينهما و أدله الضـمان كقاعده اليد و غيرها لم تتعرض لبيان ما به الضمان و انما مفادها ان المال فى عهده واضع اليد أو المتلف أو الغار أو غير ذلك و قد أوضحنا ان معنى

الضـمان هو العهـده عقلاـ و عرفـاً بـل و لغه و شـرعاً و مقتضـاه وجوب رد العين إذا كانت موجوده ورد الأقرب فالأقرب إليها إذا كانت تالفه و حيث ان الأقرب الى العين بعـد تلفها هو المثل مطلقاً سواء كان مثلياً على مصـطلحهم أو قيمياً بل تدور مدار صدق كونه مثله عنـد العرف فان تمكن من غير عسـر و حرج من تحصـيل مثله و حب ليـدفعه الى المضـمون له سواء كان تحصـيله من الأـسواق أو من البيوت أو غير ذلـك و سواء أمكن بثمن المثل أو أقل أو أكثر إذا لم يبلغ الاحجاف فيلحق بالمتعـذر و إذا تعـذر المثل أو تعسـر رجع الى القيمه، اما قيمه يوم القبض أو يوم التلف أو يوم الـدفع أو أعلى القيم فيما بينها على الخلاف الذى مرت الإشاره اليه: و الفرق كالصـبح واضـح بين هـذه الطريقه و طريقه المشـهور فإنهم بعـد ان قسـموا الأشـياء الى مثليه و قيميه أوجبوا ضمان المثل بمثله و القيمى بقيمته فلا حق للضامن بـدفع المثلى عن القيمى مع التمكن. كما لا حق له بـدفع القيمه عن المثل فى المثلى مع تيسيره الا مع التراضى الذى هو كمعامله جديده.

امـا على اختيارنا قالوا أجب عليه تحصـيل المثل و دفعه مهما كان الشـى ء و لا يهمنا كونه مثلياً أو قيمياً، فان تعـذر أو تعسـر لزمه دفع القيمه اما تعريف (المجله) فيمكن تطبيقه على ما ارتأيناه، سوى ان التقييـد بوجوده فى السوق مسـتدرك، و لو عبروا عنه بما يمكن تحصيل مماثله بدون تفاوت يعتد به و بدون مشقه و إجحاف، و القيمى ما يتعذر تحصيل مثله أو يتعسر الا باجحاف لكان أقرب الى الصواب، و يؤيد ما اخترناه

من ان الأصل فی الضـمان هو المثل، قوله تعالی (فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ)، (وَ جَزٰاءُ سَـيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهٰا) أما القیمه فهی بدل قهری تقضی به الضروره و الأحوال الاستثنائیه فتدبره.

(ماده ۱۵۲)

الثمن:

اشاره

ما یکون بدلا للمبیع و یتعلق بالذمه (ماده ۱۵۳)

الثمن المسمی:

هو الذی یسـمیه و یعنیه المتعاقدان وقت البیع بالتراضـی سواء کان مطابقاً لقیمته الحقیقیه أو ناقصاً عنها أو زائداً، هاتان المادتان- ماده واحـده- لأن الـذی یکون بـدلا للمبیع هو المسـمی الـذی قـد یساوی القیمه السوقیه و قد ینقض و قد یزید، ثم ان المسـمی الذی یکون بدلا للمبیع قد یتعلق بالذمه و قد یکون عیناً شخصـیه فقصـره علی الأول مما لا وجه له علی الظاهر، و تحریر القضـیه ان البیع مضافاً الی ما تقـدم له من الأقسام ینقسم أیضاً باعتبار کلیه العوضـین أو جزئیتهما إلی أربعه أقسام لأنهما اما ان یکونا معاً عینین شخصـیتین فالبیع شخصـی أو یکونا معاً کلیین فالبیع کلی أو یکون المبیع شخصـیاً و الثمن کلی فی الذمه و لعله الغالب أو یکون بالعکس کما هو فی السـلم بالنسبه إلی المبیع فإنه کلی ابدا، اما الثمن فیصح ان یکون جزئیاً و کلیاً و تختلف هذه الأقسام فی الأحکام سیما من حیث التلف قبل القبض ثمناً أو مثمنا، کما سیأتی کل واحد فی محله.

(ماده ۱۵۴)

القیمه:

هی الثمن الحقیقی للشی ء.

لعله غیر خفی علی النبیه ان لیس لشـی ء من الأعیان المتقومه اعنی المالیات قیمه حقیقه بل تختلف قیم الأعیان باختلاف المکان و الأزمان

و القله و الكثره و الرغبات المنبعثه عن الحاجه أحياناً و عن التوسع و الترفه فی الأكثر فرب سلعه فی بلد لها قيمه و فی بلد آخر تجاورها أكثر منها أو أقل بل و فی بلد واحد قد تختلف قيمه الشی ء الواحد باختلاف الأيام و الفصول، و هذا يكشف عن كون الأشياء ليس لها قيمه حقيقه بل ليس حقيقه القيمه إلا أمر اعتباری يختلف باختلاف الظروف التی ينشأ منها الاعتبار فقول (المجله) ان القيمه هی الثمن الحقيقی ناشئ من عدم إمعان النظر، و الظاهر انهم يريدون ان الثمن الحقيقی فی مقابل الثمن المسمی و هی قيمه الشی ء فی حد ذاته، و لو عبروا بان ثمن الشی ء بذاته هو قيمته السوقيه. أی لا ثمنه المسمی لكان أقرب الی الصواب،

(ماده ١٥٥)

المثمن:

هو الشی ء الذی يباع بالثمن هذا أيضاً مضافاً الی كونه من الواضحات لا يترتب عليه أی فائده

(ماده ١٥۶)

الدين:

ما يثبت فی الذمه كمقدار من الدراهم فی ذمه الرجل، و مقدار منها ليس بحاضر. و المقدار المعين من الدراهم، أو من صبره الحنطه الحاضرتين قبل الافراز فكلها من قبيل الدين.

و هذا أيضاً من الخلط الغريب فان الدين لغه و شرعاً و عرفاً ليس إلا الكلی الذی يتعلق بالذمه فی مقابل العين التی يتحقق فی الخارج وجودها الشخصی فالدين هو الكلی و المعين هو الشخص، و هذا مما لا يختلف فيه اثنان، نعم الكلی المطلق لا بقيد الإطلاق و بعباره أصح: مطلق الكلی قسمان قسم منه فی الذمه و هو الدين و أسباب تعلقه بالذمه كثيره

واحد افراده عقد القرض لا القراض و قسم منه فی الخارج و هو الذی یسمیه فقهاؤنا (الکلی فی المعین) مثل صاع من صبره معیه و شاه من قطیع معین فإنه أی الصاع أو الشاه کلی لانه صادق علی کثیرین و هی کل صاع من الصبره و جزئی لأنه فی الخارج لا فی الذمه و هو مردد فی معین و هی الصبره أو لقطیع و علی کل حال فلا علاقه له بالدین أصلا و یظهر الفرق بینه و بین الصاع المشاع بالإشاعه الکسریه فی أمور لا مجال لها هنا و ربما یأتی الإشاره إلیها فی موضع آخر إن شاء اللّه.

و ما بقی من المواد المذکوره هنا أی فی المقدمه کلها واضح، و الجدیر ان نشرع بعد الفراغ من مواد المقدمه فی مقاصد الکتاب و أبوابه.

(الباب الأول) فی بیان المسائل المتعلقه بعقد البیع

اشاره

و فیه خمسه فصول

(الفصل الأول) فیما یتعلق برکن البیع

(ماده ۱۵۷) البیع ینعقد بإیجاب و قبول.

العناصر التی یترکب البیع منها سته، (البائع، المشتری، المبیع، الثمن، الإیجاب، القبول).

و الأرکان منها أربعه.

(الثمن و المثمن و الإیجاب و القبول) و لکل واحد من تلک العناصر شروط، أهمها بعد الشروط العامه (القصد) و معلومیه العوضین بوجه یرفع الجهاله الموجبه للغرر، و هذان الأمران شروط و کنیه و سیأتی ذکر باقی الشروط فی الأمور المتعاقبه و قد ظهر من طی المباحث المغایره ان حقیقه البیع سواء جعلناه تبدیلا أو مبادله أو تملیکا أو تملکا و نقلا أو انتقالا- هی من مقوله المعانی الإنشائیه لا یکفی فی تحققها قرارها الذهنی و وجودها التصوری بل لا بدّ لها من مظهر خارجی تظهر فیه و تتحقق به و الذی یتحقق به إنشاء البیع اما قول أو فعل فالإنشاء

القولی هو العقد الذی یتحقق بالإیجاب و القبول، و الإنشاء الفعلی هو المعاطاه الذی سیأتی بحثها، فکان الجدیر (بالمجله) ان تقول ان البیع العقدی هو الذی ینعقد بالإیجاب و القبول لا مطلق البیع.

(ماده: ۱۵۸) الإیجاب و القبول فی البیع عباره عن کل لفظین مستعملین لإنشاء البیع فی عرف البلد:

اشاره

المراد بهذه الماده بیان ان البیع لا یشترط فیه صیغه خاصه بل یتحقق بکل لفظین یستعملان فیه حسب العرف الخاص أعم من کون الاستعمال علی نحو الحقیقه أو المجاز بل یعم إطلاق الاستعمال حتی الغلط فی العربیه إذا جری علیه عرف البلد و اخرج بقوله (لفظین) الإشاره و نحوها، و هذا من البحوث المهمه فی باب البیع بل مطلق العقود، و تحریره یستدعی النظر فی جهات،

الاولی-: ان البیع بل عامه العقود هل یتوقف صدق العقد علیها علی إنشائها بألفاظ أو یتحقق عقدیتها بإنشائها و لو بالفعل

کالتعاطی أو الإشاره أو الکتابه أو غیر ذلک و قد اختلف الفقهاء فی ذلک و الذین ذهبوا الی ان المعاطاه لا تفید التملیک بنوا ذلک علی اعتبار اللفظ فی العقود و لخلو التعاطی عنه لا تکون المعاطاه عقداً فلا یکون مفادها التملیک بل الإباحه و الاذن و الظاهر اتفاقهم علی ان إشاره القادر علی اللفظ لا تکون عقداً کما ان کتابته کذلک کما اتفقوا علی ان إشاره العاجز کالأخرس و کتابته تکون عقداً بنظر العرف مع العجز عن التوکیل أو مطلقاً کما هو الأقوی لأن إشارته عندهم تقوم مقام لفظه و لذا قدمها

الأـكثر على الكتـابه لأنهـا ليست ألفاطـاً و لاـ تقوم مقـام اللفـظ، نعم هى تحكى عن الألفـاظ و الألفاظ تحكى عن المعانى، و اما كفـايه الفعـل كالتعاطى عن القول، فسـيأتى تحقيقه إن شاء اللّه، فلو قلنا بعـدم صـدق العقـد على الفعل و نحوه من غير الألفاظ و عـدم تـأثير غير ما دلت السـيره على تأثيره و شـككنا فى اعتبار شـى ء فى التأثير فالمرجع طبعاً إلى أصاله عـدم التأثير و لا إطلاق يرجع اليه بخلاف ما لو قلنا يعدم اختصاص صدق العقد بالألفاظ فإن المرجع بحكم الإطلاق إلى أصاله الصحه الناشئه من أصاله عدم الاعتبار.

الثانيه-: بناء على اعتبار الألفاظ فى صدق طبيعه العقد فهل يعتبر فيها ألفاظ مخصوصه

أو يكفى كـل مـا دل على طبيعه العقـد أو ممـا اسـتعمل فيه مجـازاً أو غلطـاً و لو بالقرينه فكما يتحقق طبيعه البيع بإنشائه بالألفاظ الخاصه بالإيجاب مثل بعت و شريت أو الخاصه بالقبول مثل اشتريت و ابتعت و قبلت. كذلك يتحقق بالألفاظ الداله عليه باللازم مثـل ملكت و نقلت و عـاوضت و أمثالهـا فـإن حقيقه البيع هى المبـادله و هى من لوازم تلـك العنـاوين بـل بما هو أوسع و أبعد كاسـتعمال اللوازم العامه مثل خذ هذا بكذا أو هو لك بكذا و ما أشـبه ذلك، و يتمطى الجواز حتى يتناول استعمال صيغه عنوان عقد خاص فى عقد آخر فيستعمل البيع فى الإجاره: فتقول بعتك منفعه الدار بكذا. و الإجاره بالبيع فتقول:

آجرتك الـدابه ملكا بكـذا. و البيع فى الهبه مثل- بعتك الكتاب بلا عوض و بالعكس مثل- وهبتك الثوب بعوض كـذا و يطرد هذا

فی سائر العقود فما كانت هناك مناسبه و علاقه كان مجازا و الا كان غلطا و لا منافات عند المجوز بین غلطیه اللفظ و صحه العقد لان المدار فی العقد عنده علی تحقق الإنشاء باللفظ مهما كان، هذا تصفیه تصویر الوجوه و الأقوال علی الإجمال، اما التحقیق عندنا فهو ان عناوین العقود الخاصه، كالبیع و الإجاره و الصلح و الهبه و نظائرها لا تتحقق إلا بإنشائها بالألفاظ و لا یلزم ان تكون تلك الألفاظ مشتقه من نفس ألفاظ عناوینها بل یكفی كل لفظ دل علیها فی نفس ذلك الاستعمال و لو بمعونه القرینه حالیه أو مقالیه فالمدار علی التفاهم بین المتعاملین و ان یفهم كل منهما مراد الآخر حتی یقع القبول مطابقاً للإیجاب سواء كان استعمال تلك الألفاظ فیما قصداه، صحیحاً أو غلطاً، حقیقه أو مجازا، و أفق عرف البلد أو خالفه، لان العقد لیس الا إنشاء المعنی بلفظ مفهم للمقصود بنفسه أو بالقرینه. و لا نقول: ان العقد منحصر بالإنشاء اللفظی بل نقول ان الإنشاء اللفظی عقد قطعاً بل أظهر أنواع العقد اما انه یتحقق بالإنشاء الفعلی أم لا فسیأتی تحقیقه قریبا إن شاء اللّه و (بالجمله) فلا نجد العرف یعتبر فی حقیقه العقد أكثر من القصد إلی إیجاد المعنی باللفظ و لازم قصد إیجاده و تحقیقه التزامه به حتی فی العقود الجائزه فإن العقد الجائز أیضا قد التزم الطرفان بمضمونه و لكن ما دام العقد و غایه الفرق بینه و بین اللازم ان ذاك له ان یحله متی شاء بخلاف الثانی. اما فی ظرف عدم حله فیجب الوفاء به و تترتب آثاره علیه و قد أشرنا فیما سبق الی ان وجوب الوفاء فی الآیه یمكن ان یعم كل عقد خرج بالدلیل

العقود الجـائزه من حيث جواز حلهـا و مـا عـدا ذلـک فيجب العمـل على طبقهـا فيها و فى سائر العقود و هـذا هو مـدرک أصاله العقود كما تقدم.

و القصـارى ان العقـد يتحقق عرفـا بإنشـاء معنـاه لفظـا مطلقـا بشـرط إفهام القصـد و المراد و لو بالقرينه و لكن اللزوم الشـرعى و وجوب الوفاء يمكن منع شموله لكل عقد عرفى حتى ما أنشأ باللفظ الغير الموضوع لذلک العنوان و سره ان اللام فى العقود التى فى الآيه ظاهره فى العهد لا الجنس فيكون الحكم ثابتا للعقود المعهوده فى العرف الشائعه فيما بينهم لا مطلق ما يسـتعملونه و من المعلوم ان الشائع المتـداول من العقود عندهم هو ما كان إنشاؤه بالألفاظ المنتزعه من عنوان ذلک العقد فالمتداول من عقد البيع هو ما يشتق من هذا العنوان و أخواته مثل: بعت و اشتريت، و شريت و ابتعت و قبلت لا مثل ملكت (بالتشديد) و تملكت و نقلت و عاوضت و أشـباه ذلک، و هكذا عقد الإجاره فإن المتعارف المتداول ما يشـتق من عنوانه كاجرت لا من لوازمها و توابعها مثل تمليـک المنفعه و نحوهـا و هكـذا الكلاـم فى سـائر العقود ذوات العناوين الخاصه كالهبه و الصـلح و المزارعه و المساقات فكل عقد كان إنشاؤه بألفاظ منتزعه من عنوانه فهو لازم يجب الوفاء به و الا فشـمول الدليل له غير معلوم و الأصل هنا عدم اللزوم عند الشک فى شمول الدليل لعدم إحراز العموم أو الإطلاق فإن مصب العموم ضيق كما عرفت، إذاً فليس كل عقد عرفاً يجب الوفاء به شرعا بل هى تلک العقود الخاصه بعناوينها المخصوصه و منه يستبين حال استعمال الكنايات القريبه أو البعيده مثل

«بارک اللّه لک فی صفقتک» أو «شایف الخیر»، و نحو ذلک مما یستعمله العرف بعد المساومه لإطلاق البیع و إظهار الموافقه، فإن قصد به القائل إنشاء البیع کما هو الغالب حیث یریدون به معنی بعتک فهو عقد و لکن لزومه غیر. معلوم علی ان تحقق الإنشاء به محل نظر فإن إنشاء اللازم لیس إنشاء للملزوم فان الدعاء بالبرکه و ان کان لازمه ان یکون له و لکنه لیس إنشاء لجعله له فهو محتاج إلی عنایه أخری بأن ینسلخ عن معنی الدعاء و یتمحض لنوع آخر من الإنشاء و ان لم یقصد النقل و التملیک فلا إشکال فی عدم کفایته، هذا کله من حیث مواد الألفاظ التی تستعمل لإنشاء البیع و سائر العقود، اما من حیث الهیئات فیتضح بالنظر فی-:

(الجهه الثالثه) و هی ان البیع و نحوه من العقود، لما کان من المعانی الإیجادیه التی لا حقیقه لها فی الخارج الا بنفس إنشائها و إیجادها

فإذا أنشئت تحققت و وجدت، و حیث ان هیئه الماضی هی الصریحه فی الدلاله علی الثبوت و تحقق الوقوع و مفادها الصریح تحقق نسبه وقوع الفعل من الفاعل و لذا کان بذاته مجرداً عن الزمان و انما یدل علی الزمن باللازم عند الإطلاق و کثیراً ما یطلق علی نسبه وقوع الفعل فی المستقبل بغیر عنایه و تجوز مثل (إِذٰا جٰاءَ نَصْرُ اللّٰهِ) و (أَتیٰ أَمْرُ اللّٰهِ)، و نظائرها فمدلول هذه الصیغه الخاصه مطابقه هو الثبوت و التحقق فإذا استعملت فی العقود من بیع و نحوه دلت صراحه علی تحقق وقوع معانیها و ثبوتها فکانت هی الهیئه

الصریحه فی إنشاء تلک المعانی المحتاجه الی ما یدل علی تحقق وقوعها إذ لا حقیقه لها إلا بإنشاء ثبوتها و تحقیقها، اما هیئه المضارع فمدلولها الصمیم لیس الا نسبه المبدء الی الذات ای الفعل الی الفاعل فهو کاسم الفاعل حقیقه و لذا سمی بالمضارع سوی ان الفعل یدل علی نسبه المبدإ إلی الذات و تلبسها به و اسم الفاعل یدل علی تلبس الذات بالمبدإ و نسبتها له فهو مترتب علیه و متأخر رتبه عنه فتقول: یضرب فهو ضارب، و هو أیضاً مجرد عن الزمان و یصلح للماضی کما فی قولک: لم یضرب، و یتمحض للاستقبال کما فی سوف یضرب، و یتردد بین الحال و الاستقبال کما لو تجرد. و علی ای فحیث ان مدلولهما الصریح تلبس المبدأ بالذات أو تلبس الذات بالمبدإ من دون نظر الی زمان و لا الی تحقق ذلک لم یکن صریحاً فی الثبوت و الوقوع و ربما یکون کل منهما دالا علیه عند الإطلاق و لکن باللازم و قد عرفت ان المعتبر فی العقود الصراحه و ان إنشاء أحد المتلازمین لا یستلزم إنشاء الآخر و ان عدم الانفکاک فی المتلازمین انما هو فی الخارجیات لا الإنشائیات، (و القصاری) أن هیئه الماضی هی الصریحه فی العقود و سیما البیع، و لذا اتفقوا قولا واحدا علی تحقق العقد بها و اختلفوا فی المضارع و اسم الفاعل و الحق انهما لا یصلحان لإنشاء المعانی العقدیه بهما الا مع القرینه فتقول: أنا بائع ترید إنشاء البیع و تحقیقه بذلک مع القرینه الواضحه من حال أو مقال فلیس هو و لا مضارعه من صیغ العقود الصریحه کالماضی و اما صیغه الأمر و الطلب مثل بعنی أو زوجنی و نحوهما فهی أبعد من المضارع

و أخيه بكثير إذ ليس هو إنشاء للبيع بل طلب إنشائه من الغير فهو استدعاء محض اما لزوماً ان كان من العالى أو التماساً و رجاء ان كان من غيره فإذا قال بعنى و قلت له بعتك لا بد من ان يتبعه بقوله قبلت و الا فلا عقد، إذاً فالماضى هو المتعين فى العقود و ما عداه لا يكفى إلا بتكلف و عنايه لا يصح الاعتماد عليها فى العقود، و ما ورد فى بعض الاخبار من كفايه الطلب حيث قال: زوجنيها يا رسول اللّه، ان لم يكن لك بها حاجه، و ما فى شراء العبد الآبق و بيع المصحف و غيرها مما هو ظاهر فى كفايه المضارع و الأمر محمول على المقاوله قبل البيع تمهيداً لإجراء الصيغه لا الاكتفاء بنفس ذلك القول: نعم فى خصوص الطلاق و العتق بل و الوقوف و الصدقات جعل الشارع الصيغه المخصوصه لها أسماء الصفات و اسم الفاعل مثل: أنت طالق و أنت حر و دارى صدقه أو وقف كل ذلك للدليل الخاص و لا يجوز التعدى عنها الى غيرها فلا يصح دارى إجاره أو مأجوره و نحو ذلك قطعاً، اما اعتبار العربيه فى صيغ العقود فان كان المراد به عدم كفايه الألفاظ المرادفه للبيع فى اللغات الأخرى فهذا مما لا دليل عليه بل الأصح ان الأدله العامه (ك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (ك أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ) شامله لكل عقد فى كل لغه غايته انها على نحو ما حققناه من كون الملحوظ فيها العقود المنشأه بألفاظها المأخوذه من عناوينها الخاصه سواء فى لغه العرب أو غيرها، و ان كان المراد باعتبار العربيه إخراج الملحون، ماده أو هيئه الخارج عن قواعد العربيه فالتحقيق ان اللحن ان لم يكن مغيراً للمعنى كما لو قال: بعتك

(بفتح الباء أو التاء) لم يقدح، اما لو كان مغيرا كما لو أدخل الهمزه فقال. أبعتك أو شوش نظم الماده فقال جوزتك مكان زوجتك أو استعمل المشترك اللفظى أو المعنوى أو المجاز و لم ينصب قرينه فتحقق حقيقه العقد بها مشكل و على تقديره فلزومه غير معلوم ان لم يكن معلوم العدم، هذا تمام القول فيما يتعلق بهذه الماده و منه يعلم ان عرف البلده لا خصوصيه له فلو قالوا الإيجاب و القبول لفظين مستعملين لإنشاء البيع عن وضع أو قرينه لكان أصح و أوسع فتدبر و باللّه التوفيق.

(ماده ۱۶۹) الإيجاب و القبول يكونان بصيغه الماضى بدون النيه

كبعت و اشتريت و اى لفظ من هذين ذكر أو لا ـ فهو إيجاب و الثانى قبول، فلو قال البائع بعت و قال المشترى اشتريت أو قال المشترى أو لا ـ اشتريت ثم قال البائع بعت انعقد البيع و يكون لفظ بعت فى الأولى إيجاباً و اشتريت فى الثانيه بالعكس، و ينعقد البيع أيضاً بكل لفظ ينبئ عن إنشاء التمليك و التملك كقول البائع أعطيت أو ملكت و قول المشترى أخذت أو تملكت أو رضيت و أمثال ذلك.

تضمنت هذه الماده ثلاثه أمور.

الأول:- انعقاد البيع بالماضى و قد عرفت الوجوه فى انها هى الصيغه الصريحه و ما عداها بين مقطوع بعدم صحته و بين مشكوك.

الثانى:- إعاده ما سبق فى ماده (۱۰۱) من ان الإيجاب هو أول الكلام إلخ و تحرير هذه المسأله ان الإيجاب و القبول اما ان يقترنا أو يتقدم أحدهما على الآخر و على كلا الفرضين فأما ان يكونا بلفظ بعت

و قبلت أو بغيرهما و على فرض التقدم و التأخر، فأما ان يتقدم الإيجاب و يتأخر القبول أو العكس فهنا ست صور: تقدم الإيجاب على القبول و هى القدر المتيقن و المتفق على صحتها كالاتفاق ظاهرا على بطلان عكسها و هى: تقدم القبول، (الثالثه) افترانهما بصيغه بعت و قبلت و الصحه محل نظر كا (لرابعه) و هى افترانهما بغيرهما من الصيغ (الخامسه) تقدم بعت إيجاباً و تأخر اشتريت قبولا أو العكس تقدم اشتريت و تأخر بعت و لا إشكال فى صحه الاولى و يشكل صحه عكسها (السادسه) التأخر و التقدم فى ابتعت أو بعت أو رضيت أو العكس و حالهما حال سابقتيهما، و قد يتصور أكثر من ذلك و لكن يعرف حال كثير منهما مما ذكرنا، و (الضابطه) انه كلما كان من أحدهما قبول أو بمعناه من الرضا و الإمضاء و نحوهما فلا بد من تأخيره لما مرت الإشاره إليه من ان نحوه نحو المطاوعه و التأثر و يستحيل تحقق التأثر قبل المؤثر و الانفعال قبل الفعل كاستحاله تقدم المعلول على العله و إذا لم يكن من أحدهما القبول و ما بمعناه مثل ابتعت و بعت و اشتريت و بعت ففى الحقيقه كل منهما موجب و قابل باختلاف الاعتبار بل يمكن الحكم بالصحه حتى مع التقارن فى هذه الصيغ و يمكن فيها تطرق التفصيل بين ما إذا كان البيع صرفاً أو مقايضه فكل منهما موجب و قابل تقارنا أو تقدم أحدهما على الآخر، اما لو كان أحد العوضين سلعه و الآخر نقداً فصاحب النقد مشتريا و قابلا و صاحب السلعه بائعاً و موجباً تقدم أو تأخر على ان ترتب الثمره على تعيين الموجب من القابل قليله و الفائده العمليه معدومه

ضئیله، الثالث:- من الأمور إعاده ما أشیر إلیه فی الماده المتقدمه من کفایه کل ما ینبئ عن التملیک و التملک، و قد عرفت أوسع ما ینبغی من التحقیق فیه و منه یظهر لک القدح فیما ذکرته (المجله) هنا من انعقاد البیع بمثل قول البائع أعطیت و ملکت و قول المشتری رضیت فان الإعطاء ظاهر فی التملیک المجانی فهو من صیغ الهبه و لا یجوز استعماله فی البیع الذی هو رأس عقود المعاوضات الا غلطاً أو مجازاً بعیداً فلا یکون عقد بیع و لو سلم فلا یکون لازماً لما عرفت و أیضاً فإن الرضا لا یصح استعماله قبولا فی مطلق العقود اللازمه لأن معنی القبول فیها یتضمن معنی یستلزم التعهد و الالتزام و الرضا اذن و موافقه لا تعهد و التزام فتدبره جیداً،

(ماده ۱۷۰) ینعقد البیع بصیغه المضارع إذا أرید بها الحال کابیع و اشتری و إذا أرید بها الاستقبال لا ینعقد

قد ظهر لک مما أفضنا قبل فی بیانه ان المضارع لا یدل علی أکثر من نسبه المبدإ إلی الذات و تلبسها به و هذا غیر کونه محقق الوقوع فإن أرید منه الحال بالقرینه کان لازمه کونه محقق الوقوع فیدل علی إنشاء المبادله أو التملیک باللازم و کفایته فی العقود محل نظر و هذا بخلاف الماضی فإنه صریح بالوقوع و الثبوت، فلیفهم، و قد عرفت ان طلب وقوع الشی ء غیر نفس وقوعه بل طلبه ظاهر فی عدم تحققه و حصوله و هو عکس المقصود بالبیع و نحوه و منه یعلم ماده (۱۷۱) التی هی تکرار

للمـاده التی قبلها و ماده (۱۷۲) لاـ ینعقـد البیع بصـیغه الأـمر کبع و اشتر إلـخ و یریـد باقتضاء الحال القرینه علی إراده إنشاء البیع بصـیغه الأـمر و هو من قبیل اسـتعمال الشـی ء فی ضـده فان قولک بع طلب إنشاء وقوعه الظاهر فی انه غیر واقع فلو اسـتعملته فی إنشاء تحقق وقوعه کان استعمالا فی شبه ضده و حاله حال المضارع بل أسوء.

(ماده ۱۷۳) کما یکون الإیجاب و القبول بالمشافهه یکون بالمکاتبه أیضاً،

قـد عرفت ان الکتـابه عنـدنا لاـ تصـلح للعقـد و حالهـا حـال الإشاره من القادر، نعم مع العجز و عـدم إمکان التوکیل قـد یکتفی بالکتابه و مع دوران الأمر بینها و بین الإشاره فی العاجز لا یبعـد رجحان الإشاره لأنها أقرب الی اللفظ کما فی ماده (۱۷۴) ینعقد البیع بالإشاره المعروفه للأخرس، اما الرساله ای إرسال رسول لإجراء البیع فان کان بنحو الوکاله صح و الا فهو فضولی، و تلخص من کلها سـبق ان الماضـی هی الصـیغه الصریحه فی عامه العقود باتفاق الجمیع (بدون نیه) ای بطبیعتها و من غیر حاجه الی قرینه کما فی قرینیه و الا فقصد الإنشاء لازم فی الجمیع و لو عبرت (المجله) بذلک لکان أبعد عن الإبهام.

اما الأمر و المضارع فیصح اسـتعمالهما فی العقد عند أصحاب (المجله) و لکن مع النیه و قصد الحال بهما ای و مع القرینه کقول العاقد أبیعک الآن أو حالا أو نحو ذلک، اما عندنا فمشکل و کونه عقداً لازما أشکل.

(بيع المعاطاه) (ماده ۱۷۵) حيث ان القصد الأصلى من الإيجاب و القبول هو تراضى الطرفين فينعقد البيع بالمبادله الفعليه الداله على التراضى و يسمى هذا بيع التعاطى،

مثـال ذلـك ان يعطى المشترى للخبـاز مقـداراً من الـدراهم فيعطيه مقـداراً من الخبز بـدون إيجاب و قبول أو ان يعطى المشترى الثمن للبائع و يأخذ السـلعه و يسكت البائع، هذا هو بيع المعاطاه المشهور، و فى عباره (المجله) أيضا نوع من التسامح حيث جعل القصد الأصلى من العقد أى الإيجاب و القبول هو التراضى مع ان الرضا و التراضى اذن و إباحه و هو غير ما هو المقصود بالعقود فـان المهم فيهـا هو إنشـاء التمليـك و المبـادله، و الرضـا بتصـرف الغير فى ملكك معنى، و جعل مالك ملكا للغير معنى آخر، و المعاطـاه التى هى أخت العقـد اللفظى هى التى يقصـد بها إنشاء البيع و التمليك و هـذه هى التى ينبغى ان تكون محل الكلام و موضع النقض و الإبرام الا ـ التى يراد بهـا الرضا و إباحه التصـرف و حليه الانتفاع شـبه العاريه و نحوها، نعم اختلف فقهاؤنا أشـد الاختلاف فى موضوعها و المعنى المقصود منها فى موضع النزاع كاختلافهم فى حكمها فقيل هو ما قصد به المتعاطيان الإباحه و قيل ما قصد به التمليك و قيل ما تجرد عن كل منهما كما كان الأقوال فى حكمها كثيره من حيث الصحه و الفساد

و الجواز و اللزوم و قـد تنتهى إلى سـته هى بين إفراط و تفريط فهى بيع فاسـد عند بعض و بيع صـحيح لازم كالبيع بالألفاظ عند آخرين و بيع صـحيح و لكنه جـائز و انما يلزم بتلف أحـد العوضـين أو كليهما و هـذا هو أوسط الأقوال و أقربها إلى القواعـد، و ذهب جمـاعه انهـا تفيـد إبـاحه التصـرفات امـا مطلقاً أو خصوص مالا يتوقف على الملك، و صـفوه ما عنـدنا هنا من التحقيق ان المشاهـد المحسوس من حالنا بل و من حال غيرنا من صـغير أو كبير فى شـراء حقير أو خطير حتى الطفل المميز إذا اشترى شـيئاً من الأـسواق لاـ يقصـد بـدفعه المـال من نقود و غيرهـا بـإزاء مـا يأخـذه من السـلعه إلاـ مبادله ذا بـذاک و قطع علاقته من العين المـدفوعه منه بالكليه عوض استيلائه على العين المأخوذه من الآخر فيصـح على هذا تعريفها التحقيقى أو التقريبى بأنها عباره عن ان يـدفع كل من اثنين ماله الى الآخر عوض ما يدفعه الآخر له، و قد مر عليک ان إنشاء التمليک لا بدّ له من أمر خارجى يتحقق به و يكون آله لإيجاده، و الألفاظ هى الأدوات التى يبنى العقلاء على إظهار مقاصدهم بها حكايه أو إيجادا يعنى خبراً أو إنشاء، ثم فى الرتبه الثـانى، الأفعـال فـإن للأفعـال ظهورا كما للأقوال و ينشأ بها المعانى الاعتباريه كما ينشأ بالأقوال فكما انک إذا قلت لشخص هذه العين لک، تاره تريد اخباره بأنها له، و تاره تريد إنشاء تمليكها له، فكذلک إذا دفعتها له و أنت ساکت قد تريد ان دفعها اليه من جهه انها ملكه و ماله العتيـد، و تاره تريـد إنشاء انها له فتكون من ماله الجديـد، فهـذا عقـد و التزام ضـمنى و لكنه فعلى لا قولى

و هو مع قصد التعاوض بيع و يشمله (أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ)، و لكنه ليس كالعقد القولى يجب الوفاء به لما عرفت قريباً من ان (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لا تشمل الا العقود اللفظيه المنشأه لعناوينها الخاصه بها فأحل اللّه البيع تثبت مشروعيه هذا العقد و انه مؤثر، و لكن دليل اللزوم قاصر عنها فتكون جائزه و لكل من الطرفين الرجوع ما دام كل من العوضين قائما موجوداً اما مع تلفهما أو تلف أحدهما فيأتى اللزوم كما هو الشأن فى جميع العقود الجائزه، كالهبه و غيرها (و سره) ان المالك سلطه على العين بجميع شؤنها و لازمه ان له جميع التصرفات حتى الناقله و الموقوفه على الملك و لازم ذلك ان لا رجوع مع التلف أو الإتلاف لأن حق الاسترجاع انما هو مع بقاء العين و قيامها، اما مع تلفها فقد زال الموضوع و سقط الحق و لزم العقد، و من نفس عنوان هذا النوع من البيع يعلم انه لا يتحقق إلا بالتعاطى من الطرفين حقيقه أو حكما فإن المشترى إذا اعطى الثمن للبائع و أخذ السلعه و البائع ساكت فان سكوته الكاشف عن رضاه يقوم مقام عطائه كما ان أخذ المشترى يكون كإنشاء للتملك و التمليك و سكوت البائع إمضاء، و كذا دفع القصاب قطعه اللحم و أخذ المشترى لها بعد طلبه محقق للتعاطى حقيقه اما قبل أخذ المشترى لها فالبيع لم ينعقد و الاستدعاء لا يجعل المشترى ملتزماً و قد عرفت ان كلا من البائع و المشترى له العدول و الفسخ بعد تحقق البيع بالتعاطى لأنه عقد جائز فكيف لا يجوز قبل ان تتم المعاطاه التى هى بمنزله الإيجاب و القبول و الاستدعاء لا يكون قبولا و دفع القصاب اللحم كإيجاب بلا قبول فما

وجه حکم (المجله) بأنه لیس للمشتری الامتناع من قبوله و أخذه بل له الامتناع علی التحقیق حتی بعد أخذه أی له الرجوع و العدول لانه بیع جائز و لا یلزم الا بتلف أحد العوضین حقیقه أو حکما کما لو باعه أو رهنه أو ما یشبه ذلک، و من الغریب قول القائل: ان الإیجاب و القبول انما اعتبرا فی البیع لقیامهما مقام التعاطی حکما، فقد جعل التعاطی أصلا و الإیجاب و القبول فرعاً، مع ان الأمر بالعکس فإن الأصل فی الخیریات و الإنشائیات هو اللفظ، و القول و الفعل و التعاطی فرع و تبع له باتفاق أهل العلم، و (بالجمله) فإن إنشاء التملیک بالفعل انما یکون بیعاً و یحصل به النقل و المبادله إذا توفرت فیه جمیع شروط البیع من معلومیه العوضین و عدم الغرر و القدره علی التسلیم و قصد المتعاقدین و رشدهما و اختیارهما الی غیر ذلک من شروط البیع الآتیه لا یفقد شیئاً من شرائطه و مقوماته سوی الإیجاب و القبول الذی یقوم تعاطیهما مقام هذین الرکنین و یلزم فیهما کل ما یلزم فی الإیجاب و القبول من التوالی و نحوه، فالتعاطی من طرف واحد کإیجاب بلا قبول أو قبول بلا إیجاب، نعم یکفی من أحدهما العطاء حقیقه و من الآخر حکما و هو کثیر، و منه وضع الفلس فی دکان بائع البقل أو محفظته و أخذ باقه البقل و نظائر ذلک، و منه فی الإجاره دخول المغتسل الی الحمام و وضع الأجره المعلومه فی صندوق صاحب الحمام و هکذا، و مما ذکرنا یتضح أیضاً ان البیوع الفاسده مطلقاً لا تدخل فی باب المعاطاه بل لها حکم آخر ربما یأتی بیانه إن شاء اللّه.

كما يتضح ان المعاطاه على القول بإفادتها الملك أو الإباحه يصح جريانها فى غير البيع من العقود جائزه أو لازمه، يعنى كالإجاره أو كالهبه و لا- تلزم فى الإجاره أو غيرها الا بالتلف الحقيقى أو الحكمى أو القيام بالعمل فتدبره جيداً، هذا أوجز ما ينبغى ان يقال فى اختصار بيع المعاطاه. و هذا أقل قليل مما ذكره فقهاؤنا سيما المتأخرين منهم فى المطولات و لعله قليل يعنى عن الكثير.

و من أراد ان يعرف سعه فقاهه الإماميه و دقه افكارهم و غزاره مادتهم فليرجع إلى مؤلفاتهم المبسوطه فى هذا الباب.

(ماده: ١٧٦) إذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثانى.

فلو تبايع رجلان مالا معلوماً بمائه قرش ثم بعد انعقاد البيع تبايعا ذلك المال بدينار أو بمائه و عشره أو بتسعين قرشاً يعتبر العقد الثانى.

فى هذا الموضوع أيضاً إجمال و اشكال و تحرير ذلك حسب القواعد المتفق عليها. ان الإيجاب و القبول إذا وقعا جامعين للشرائط فقد انتقل مال كل واحد من المتبايعين الى الآخر غايته انهما ما داما فى مجلس العقد يجوز لكل منهما الفسخ و حينئذ فإذا تبايعا ثانياً بمعنى ان البائع باع ثانياً ما باعه أولا فإن كان بذلك الثمن فالثانى لغو طبعاً، و ان كان بثمن آخر. و الفرض ان المشترى واحد فان قصد ضمن البيع الثانى فسخ الأول و لو بقرينه مقاميه أو ظهر منهما التبانى على التقابل صح

الثانی و انحل الأول طبعاً و ان لم یقصدا فسخاً و لا إقاله فالبیع الثانی باطل لانه باع مالا یملک علی من یملک فتدبره جیداً علی وضوحه.

(الفصل الثانی) فی بیان لزوم موافقه القبول للإیجاب

یعنی یلزم ان یقع القبول علی ما وقع علیه الإیجاب جنساً و قدراً و وصفاً و غیر ذلک، فلو باعه المجموع بألف لیس له ان یقبل نصفه بخمسمائه و هکذا فی سائر الجهات علی ما ذکروه فی ماده (۱۷۷)، نعم لو قبل البائع بذلک ثانیاً أو اشترط القابل شرطاً لم یذکر فی الإیجاب ثم قبل به الموجب ثانیاً فلا یبعد فی هذا و أمثاله الصحه، و «الضابطه» انه کلما کان القبول بالنسبه إلی الإیجاب من قبیل الأقل و الأکثر أو الإطلاق و التقیید صح بالقبول ثانیاً، و کلما کان من قبیل المتباینین کما لو قال بعتک الدار فقال قبلت الدابه فهو باطل و لا یصح بقبول البائع ثانیاً و وجهه واضح، و الظاهر ان هذا هو المشار إلیه بماده (۱۷۸) تکفی موافقه القبول للإیجاب ضمنا فلو قال بعتک هذا بألف

قرش و قال المشترى اشتريته منک بألف و خمسمائه انعقد البيع على الألف الا انه لو قيل البائع هذه الزياده فى المجلس لزم المشترى ان يعطيه الخمسمائه التى زادها أيضاً إلخ،،، و لا فرق فى هذا بين الثمن و المثمن فكما جاز الاختلاف فى الثمن بذلک يجوز مثله فى الثمن، فلو قال: بعتک هذين الكتابين أحدهما بمائه و الآخر بخمسين صح للمشترى ان يقول قبلت الأخير بخمسين فما ذكروه عن الامام مالک فى ماده (۱۷۹) لم يظهر وجهه و إذا وقفنا جموداً على ما وقع عليه الإيجاب فاللازم المنع فى المقامين و لا وجه للتفكيک، نعم لو باعه أنواعاً متعدده بثمن واحد صفقه واحده من دون تعيين ثمن لكل واحد كان الأوجه عدم الصحه لو قبل المشترى بعضها بثمن يعينه من نفسه و ان كان لا يخلو من وجه إذا رضى البائع ثانياً، فليتأمل، اما مع تكرر الإيجاب و تعيين ثمن لكل واحد فلا إشكال فى صحه قبول بعض دون بعض كما فى ماده (۱۸۰) لأنه بحكم عقود متعدده، و اعلم ان من حق متانه التحرير ان يعقد هذا الفصل لشرائط الإيجاب و القبول فيقال، ۱-: مطابقه الإيجاب للقبول.

۲-: توالى الإيجاب و القبول.

۳- التنجيز فيهما اى (عدم التعليق).

۴-: بقاء كل من الموجب و القابل على الأهليه إلى تمام العقد فلو

عرض إغماء أو جنون أو موت للموجب قبل ان يتم القبول بطل العقد.

۵-: العربيه.

۶-: الماضويه.

۷-: الصراحه.

و قد تتداخل أيضاً شرائط الموجب و القابل فی شروط العقد أی الإيجاب و القبول كالبلوغ و الرشد و القصد و الاختيار و الملك و عدم الحجر و عدم تعلق حق للغير كالرهن و غير ذلك.

(الفصل الثالث) فی حق مجلس البیع

(ماده: ۱۸۱) مجلس البیع هو الاجتماع الواقع لعقد البیع

مجلس البیع عباره عن الموضع الذی جری فیه الإیجاب و القبول من المتبایعین سواء کانا مجتمعین فی محل وجهاً لوجه أو متفرقین و لو فی بلدین متباعدین و اسمع کل منهما کلامه للآخر و لو بآله کالهاتف و نحوه و یکون مجلس البیع حینئذ هو موضع کل منهما حین العقد فلو انتقلا أو أحدهما عنه فقد تفرقا، و کذا لو کانا متباعدین فی صحراء و أوصل کل منهما صوته للآخر، فمجلس البیع هو موضع المتعاقدین عند العقد حقیقه لا حکما غایته انه أعم من ان یکونا مجتمعین أو متفرقین.

و علی هذا یترتب خیار المجلس الذی سبق إجماله و سیأتی تفصیله.

(ماده: ۱۸۲) المتبایعان بالخیار بعد الإیجاب إلی آخر المجلس

مثلا لو أوجب أحد المتبایعین البیع فی مجلس البیع فقال بعت و لم یقل الآخر اشتریت علی الفور بل قال ذلک متراخیاً قبل انتهاء المجلس ینعقد البیع و ان طالت المده، تنحل هذه الماده إلی قضیتین.

الاولی-: ان کلا من المتبایعین بعد الإیجاب و قبل القبول مخیر بین إکمال العقد و بین إبطال ما وقع منه فالبائع له ان یعدل عن إیجابه و المشتری له ان لا یلحقه بالقبول أصلا فیبطل الإیجاب، و هو علی انه

واضح غنى عن البيان يكون حينئذ عين ماده (۱۸۳)، لو صدر من أحد العاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض بطل الإيجاب إلخ،،، و وجب الاكتفاء بتلك عن هذه.

الثانيه-: ان طول المده بين الإيجاب و القبول و طول الفاصل بينهما لا يقدح فى صحه العقد، و هذه قضيه مستقله و لا تصلح ان تكون مثالا للقضيه الأولى كما لا يخفى على المتدبر.

اما فقهاء الإماميه فيعتبرون التوالى بين الإيجاب و القبول لازما بحيث يكونان كالكلام الواحد الذى له هيئه اتصاليه فلو حصل فصل يقدح بذلك الاتصال و لو قليلا فضلا عن الكثير بطل، و هذا من الواضحات التى يوجب تصورها تصديقها، فان الفاتحه مثلا سوره واحده و لها هيئه اتصاليه مخصوصه فإذا قيل اقرإ الفاتحه و قلت الحمد و بعد ساعه قلت للّه و هكذا حتى أتممتها فى عشرين ساعه لا يقول العرف انه قرأ الفاتحه، و هكذا فى كل ماله هيئه تأليفيه و لذا قالوا: للمتكلم ان يلحق بكلامه ما شاء و لكن ما دام مشغولا بالكلام فإذا انقطع عد كلاماً ثانياً و عليه بنوا قضيه الإقرار و الاستثناء، فلو قال على لزيد عشره دراهم و قال بعد ساعه إلا درهما أو استثنى درهما و نحو ذلك لم يقبل و يعد من قبيل الإنكار بعد الإقرار بخلاف ما لو اتصل بكلامه الأول و حيث ان العقد كجمله واحده مركب من إيجاب و قبول مرتبط أحدهما بالآخر أشد الربط معنى و حقيقه فيلزم اتصالهما صوره و لفظاً كالإنسان المركب من أعضاء مرتبط بعضها ببعض فلو انفصلت لم يعد إنسانا فان شخصيه كل إنسان

متقومه بتـأليفه الخـاص و معيـار الوصـل اللازم و الفصل المضـر فى الكلام موكول الى نظر العرف و هو يختلف حسب الموارد فالوصـل بين لفـظ الجلالـه و أكبر أشـد منه فى ما بين فصول الأذان بعضـها مع بعض و الفصل بين آيه و اخرى أوسع منه ما بين جمله و اخرى فى نفس الآيه و الفصل بين كلمه و اخرى فى الجمله الواحده أضيق منه بين نفس الجمل و هكذا فى أبيات الشعر بين البيت و الآخر أوسع منه بين الشطر و الشطر و الجمله منه مع الأخرى.

و «الخلاصه» ان التـوالى بين الإيجـاب و القبول فى عـامه العقود و خصوص الـبيع من أهم الشـروط و إذا حصـل الفصـل المخل بالوحـده الاتصـاليه بطـل العقـد و لم ينفع القبول المتـأخر، و لا يكفى اتحـاد المجلس و كما ان للأقوال وحـده اتصاليه كـذلك للأفعال المركبه عرفيه كالكتابه و الصياغه أو شرعيه كالوضوء و الصلاه و أمثالها من العبادات.

(ماده ۱۸۴) لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب و قبل القبول بطل الإيجاب

هـذا أيضاً تكرار يغنى عنه المـاده قبلها كما تغنى عن ماده (۱۸۵) تكرر الإيجاب قبل القبول يبطل الإيجاب الأول إلـخ،،، فهـذه المواد الأربع بل الخمس كلها قضـيه واحـده غنيه عن البيان فضـلا عن هـذا التكرار الممل العارى عن كل فائـده فإن عـدم تأثير الإيجاب وحده قبل القبول من لوازم اعتبار القبول و تركب العقد منهما.

فما الحاجه الى هذا التطويل.

(الفصل الرابع) فی حق البیع بالشرط

الشروط و الخیارات و الإقاله و أمثالها انما هی من توابع العقد الصحیح التام الأرکان فلا یحسن بیان شی ء منها قبل استیفاء مقومات العقد و أرکانه کشرائط المتعاقدین العامه کالبلوغ و العقل و ان لا یکون محجراً علیه لفلس أو سفه أو شرائط الثمن و المثمن مثل مالین متقومین مملوکین و من الغریب ان (المجله) ذکرت بعض هذه المسائل المهمه فی الباب السابع بعد أبواب الخیارات و کان الواجب استیفاء ما یتعلق بالعقد و المتعاقدین و العوضین ثم الشروع فی ما یتبع العقد من الشروط و الخیارات و مهما یکن فان الشروط تقییدیه و تعلیقیه و التعلیقیه باطله لأن التنجیز عندنا شرط فی عامه العقود و التعلیق ینافی التنجیز إلا إذا کان صوریا صرفاً کالتعلیق علی محقق الوقوع مثل ان کانت الشمس الیوم طالعه فقد بعتک فإنه یصح علی الأصح و ان استشکله بعض، و اما التقییدیه فهی الالتزامات فی ضمن الالتزامات العقدیه کما سبق توضیحها فی صدر الکتاب و هی اما ان یقتضیها العقد أو یقتضی خلافها أولا یقتضیها و لا یقتضی عدمها، اما الأول فلا إشکال أنه یؤکد العقد و لیس لها أی اثر فان تخلف الشرط و ان اقتضی الخیار و لکن هذا فی مثل المقام اثر العقد لا الشرط فلو شرط ان لا یدفع المبیع الا عند قبض الثمن فلا

حق للمشترى بالمطالبه به الا عند دفع الثمن و لو لم يدفع كان للبائع الخيار بعد الانتظار إلى ثلاثه أيام كما سيأتى، و من هذا النوع اشتراط ضمان الدرک و اما التى يقتضى العقد خلافها و هى الشروط التى تنافى مقتضى العقد فقد عرفت بطلانها بل و تكون مبطله للعقد، اما القسم الثالث فهى الشروط التى تلزم فى العقود اللازمه و هى أيضاً كما عرفت قسمان شرط الفعل و شرط النتيجه و لا إشكال فى صحه شرط الفعل الا ما حرم حلالا أو أحل حراما أو خالف كتاب اللّه تعالى على ما سبق بيانه، و ما عدا ذلک من شروط الافعال فهو لازم نافذ سواء كان مؤكداً لمقتضى العقد كما أو اشترط الرهن على الثمن المؤجل أو الكفيل عليه أو خارجا عنه بالكليه كما لو اشترط خدمه أو كتابه و نحوها، اما شرط النتيجه فمثل اشتراط حريه العبد أو وقفيه داره اى صيرورتها وقفا لا ان يوقفها أو يعتق عبده، فهذه الشروط كلها صحيحه على الأصح كما أشارت (المجله) الى بعضها فى ماده (۱۸۶) و ماده (۱۸۷)، ثم ان من شرط صحه الشروط و لزومها فى العقود اللازمه ان يكون فيها فائده أما للمتبايعين أو لأحدهما أو لثالث اما لو خلى عن الفائده بالكليه كان لغواً و شرطاً سفيها و على ذلک بنوا ماده (۱۸۸) البيع بشرط متعارف يعنى الشرط المرعى فى عرف البلده صحيح و الشرط معتبر مثلاـ لو باع الفروه على ان يخيط بها الظهاره أو القفل على ان يسمره بالباب أو الثوب على ان يرقعه.

فالفائده فى هذه الشروط للبائع و ماده (۱۸۹) البيع بشرط ليس

فیه نفع لأحد العاقدین صحیح و الشرط لغو کبیع الحیوان علی ان لا یبیعه أو علی ان یرسله فی المرعی صحیح و الشرط لغو، و قد یتعلق للبائع غرض بهذه الشروط فتخرج عن اللغویه و کان علیهم ان یذکروا القسمین الآخرین و هو ما فیه نفع لهما أو لخصوص المشتری و هی واضحه و کثیره، و فی باب الشروط مباحث جمه، و تحقیقات مهمه، لا مجال لبسطها فی المقام و قد مرت الإشاره إلی بعضها و ربما یأتی التعرض فی متفرق أبواب هذا الکتاب لبعض آخر إن شاء اللّه.

(الفصل الخامس) فی إقاله البیع

اشاره

اقحام الإقاله التی هی فسخ العقد برضاهما فی غضون مباحث شروط البیع و قبل ذکر شروط العوضین و المتبایعین غیر سدید

(ماده: ۱۹۰) للمتبایعین ان یتقایلا المبیع برضاهما بعد انعقاده

و قد وردت الاخبار المعتبره فی تأکد استحباب الإقاله ففی النبوی (من أقال نادماً فی بیعه أقال اللّه عثرته یوم القیمه)، و قد اختلف فقهاء المذاهب فی ان الإقاله عقد جدید أو فسخ العقد الأول فمنافع المبیع من

حین العقـد الی حین الإقـاله علی الأـول للمشتری و منـافع الثمن للبـائع و علی الثـانی تبنی القضـیه علی انه فسـخ من حینه أو حل للعقد من أصله و علی الأول فکالأول و علی الثانی فبالعکس.

هذا بالنسبه إلی الزیادات المنفصله، اما المتصله فلا کلام فی تبعیتها للعین

(ماده: ۱۹۱) الإقاله کالبیع تکون بالإیجاب و القبول

و لکن یکفی فیهمـا کـل ما دل علیهما- مثلا لو قال أحـدهما: أقلت البیع أو فسـخته و قال الآخر: قبلت- صـحت الإقاله و ینفسـخ البیع، و کـذا لو قـال: أقلنی فقال: فعلت أو رد علیه الثمن و أخـذ المبیع برضا الثانی فهی إقاله فعلیه نظیر المعاطاه أو فرد منها کما فی ماده (۱۹۲) الإقاله بالتعاطی القائم مقام الإیجاب و القبول صحیحه.

(ماده: ۱۹۳) یلزم اتحاد المجلس فی الإقاله

- کالبیع فلو قال أحدهما:

أقلت البیع و قبـل ان یقبـل الآخر انفض المجلس أو صـدر من أحـدهما ما یـدل علی الاعراض قولا أو فعلا ثم قبل الآخر لا یعتبر قبوله.

قـد عرفت ان اتحاد المجلس لا یکفی فی البیع بل لا بدّ من التوالی الحافظ للهیئه الاتصالیه، و الوحده العرفیه، و کذلک لا یکفی فی الإقاله بل لا بدّ من الاتصال علی منهاج ما سبق فی البیع.

(ماده ۱۹۴) یلزم ان یکون المبیع قائماً و موجوداً فی ید المشتری وقت الإقاله فلو کان المبیع قد تلف لا تصح الإقاله.

اما بناء علی کونها عقداً جدیداً فاعتبار قیام العین واضح، و اما بناء علی کونها فسـخاً فالفسخ و ان کان ممکناً علی ان یکون أثره رد العین

ان كانت موجوده ورد المثل أو القيمه لو كانت تالفه و لكن لما كانت الحكمه من الإقاله استدراك النادم و الفسحه له فهى انما تقتضى استرداد عينه فلو كانت تالفه فلا موضوع للإقاله مضافاً الى ظهور اخبارها بذلك و فى حكم التلف نقلها بعقد لازم كبيع أو هبه أو وقف أو نحو ذلك، نعم لو كان التالف البعض صحت الإقاله فى الباقى كما فى ماده (۱۹۵) و كذلك يعتبر قيام الثمن ان كان شخصياً لعين ما ذكرناه فى المثمن، لكن لا يقدح كون الثمن كلياً كما هو الغالب فى صحه الإقاله إذ لا يلزم ان يرد عليه نفس ذلك المصداق بل يكفى رد مصداق آخر يساويه و المهم من الإقاله هو استرداد العين المبيعه اى إقاله البائع لا المشترى كما أشير إليه فى ماده (۱۹۶).

أما الخيارات فان كانت الإقاله عقداً جديداً جرت فيها و ان كانت فسخاً و حلا للعقد الأول فلا معنى لجريانها فليتدبر.

(الباب الثانی) فی المسائل المتعلقه بالبیع،

اشاره

و ینقسم إلی أربعه فصول

(الفصل الأول) فی حق شروط المبیع و أوصافه

اشاره

حق هـذا البـاب ان یعنون بالمسائـل المتعلقه بشـرائط العوضـین و ما یـدخل فی المبیع و احکامه و یـدرج الباب الثالث فیه بزیاده فصل فی الثمن.

(ماده ۱۹۷) یلزم ان یکون المبیع موجوداً.

هذا لیس بشـرط علی الإطلاق کیف و قد عرفت ان المبیع تاره یکون شخصیاً و هو لا یکون الا موجوداً و تاره یکون کلیاً یضبط بـالوصف و لاـ یکون الاـ معـدوما، نعم لو أراد بیع الشـخص الـذی سـیوجد مثـل ان یبیعه مـا سـتحمله هـذه الـدابه أو الثمره التی ستحملهـا هـذه الشـجره فـالبیع هنا بمقتضـی القاعـده باطل و لکن لا لکونه غیر موجود بل لجهالته الموجبه للغرر و الکلی یمکن ضبطه بالوصف بخلاف الجزئی و لذا صح بیع السلم و هو بیع ما لیس بموجود فعلا، فلیتدبر.

لکن یمکن بیعه بـالتبع کمـا یمکن الوقـف علیه بـالتبع نظیر الوقف علی البطون الموجوده و مـا بعـدها و بیع الفرس و اشـتراط ما تحمله الأخری،

(ماده ۱۹۸) یلزم ان یکون المبیع مقدور التسلیم

هـذا مما لا اشـکال فیه و هو موضع اتفاق فی الجمله و بدونه یکون البیع غرراً فلا یجوز بیع الطیر فی الهواء و ان کان مملوکا إذا کان وحشیا لا یعود، و استدلوا علیه بحدیث نهی النبی (ص) عن الغرر و بحدیث (لا تبع ما لیس عندک) بتقریب انه لیس المراد لا تبع غیر ملکک و الا لقال:

لا تبع ما لیس لک، فالتعبیر بهـذا الأسـلوب ظاهر فی ان المراد: لا تبع ما لیس لک علیه السـلطنه التامه فإن الـذی عندک و تحت یـدک هو الـذی تکون لـک علیه السـلطنه التـامه الفعلیه، و کیف کـان فلاـ کلام فی اعتبار القـدره علی التسـلیم فی الجمله. إنما الکلام فی أمرین-:

الأول-: هل المعتبر القـدره علی التسـلیم وقت البیع أو تکفی القـدره بعده، و مقتضـی صـحه بیع السـلم و نحوه کفایه القدره عند لزوم الدفع و التسـلیم لا عند إجراء الصیغه، و لکنهم مع ذلک یستشکلون فی صحه بیع الآبق بغیر ضمیمه و بیع الثمره قبل بروزها عاماً واحدا أو مطلقاً و یمکن الفرق بما مرت الإشاره إلیه من الکلی و الشخصی فیصح فی الأول دون الثانی.

الثانی-: هل یکفی قدره المشتری علی التسلیم و ان کان البائع لا یقدر علی التسلیم فیبیع العبد الآبق لمن یقدر علی قبضه و الدابه الشارده لمن یقدر علی إمساکها، فنقول: مقتضـی الاعتبار بل القواعد الصـحه فإن مدرک المنع هو الجهاله و الغرر و هما منتفیان فی الفرض المزبور، نعم لو کان مدرک اعتبار هذا الشرط هو الإجماع و حدیث (لا تبع ما لیس عندک)

كـان الوجه عـدم الصـحه و مع الشك فالمرجع أصاله عـدم الشـرطيه المسـتفاده من إطلاقات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و أمثالها و هـذا هو الأوجه عندى و ان مال الى المنع بعض أعاظم المتأخرين منا.

(ماده ۱۹۹) يلزم ان يكون المبيع مالا متقوما.

اما المال فقـد عرفت حقيقته منا غير مره و ان الماليه اعتبارات عقلائيه تنشأ من عموم الحاجه الى الشـى ء و قوه الفائـده و المنفعه فـإن أقرهم الشارع و لو بعـدم الردع فهو مال شـرعى أيضاً و الا فهو غير مال شـرعاً و ان كان مالا عرف، و المعتبر فى صـحه البيع كون المبيع مالا شـرعيا و لا يكفى ماليته عرفاً و لذا لا يصح بيع الخمر و الخنزير و الأصنام و الميته بل و سائر النجسات و الأعيان المحرمه كآلات اللهو و القمـار و نحوهـا، و عـدم المـاليه إمـا لنفـاسه الشـى ء كالإنسان الحر و المعابـد و نحوها و اما لخساسـته كالقاذورات و الحشرات و أمثالها فكل هؤلاء لا يصح بيع شى ء منها لعدم ماليتها شرعاً و عرفاً أو شرعاً فقط.

(ماده ۲۰۰) يلزم ان يكون المبيع معلوماً عند المشترى

لعلك عرفت من غضون ما مر عليك من المباحث فى هذا التحرير ان من أهم شـروط البيع عدم جهاله المبيع و بالأخرى معلوميه العوضـين علماً يرفع الجهاله و الغرر، و بما ان الغرر و الجهاله تبطل البيع فاللازم معلوميه كل من العوضين عند كل من المتبايعين لا ـ يختص ذلـك بـالمشترى و لا البائع فلو كان المبيع عنـد البائع مجهولا فهو أحرى بالبطلان و الغرر المنفى فى الحـديث النبوى مطلق فتخصيص المعلوميه بالمشترى لا وجه له، و لا

فرق فی ذلک بین کون المبیع محتاجاً للتسلم و التسلیم أم لا، ثم ان المعلومیه اللازمه فی العوضین تعتبر فی خمس جهات.

۱-: الوجود. فالذی لم یحرز وجوده لا یکون ثمناً و لا مثمناً.

کالحمل فی بطن الناقه و اللبن فی الضرع.

۲-: الحصول. فما علم وجوده و لم یعلم حصوله فی الید کالعبد الآبق و المال الغریق فی البحر و ما أخذه الظالم قهراً الی کثیر من أمثالها لا یقع البیع علیه.

۳-: جنسه. فما لا یعلم جنسه کزبره من المعدن لا یعلم انها حدید أم ذهب فإنها و ان کانت معلومه الوجود و الحصول و لکنها مجهوله الجنس فلا یصح المعاوضه علیها.

۴-: وصفه فما کان مجهول الصفات کحنطه مجهوله الأوصاف و انها من الأعلی أو الأدنی أو الوسط لا ینعقد علیها البیع.

۵-: القدر کقطعه من ذهب أو صبره من الحنطه لا یعلم وزنها فان بیعها باطل.

أما السلامه من العیوب فلیست شرطاً إذ یصح بیع المجهول من هذه الجهه اعتماداً علی أصاله السلامه فی الأشیاء فتکون کشرط ضمنی و إذا ظهر انه معیب کان مخیراً بین الفسخ و بین الإمضاء بالأرش أو بدونه و من الغریب ما وجدته هنا فی بعض شروح (المجله) ما نصه:

«اما إذا کان المبیع غیر محتاج للتسلم و التسلیم کمن قال لبائعه بعنی المال الذی أودعته عندی فباعه إیاه صح البیع و لو کان مقدار المبیع غیر

معلوم عند الطرفين» انتهى و هو كما ترى. و قد أشارت الى بعض ما ذكرناه ..

(ماده ۲۰۱) يصير المبيع معلوما ببيان أحواله و صفاته التى تميزه عن غيره

مثلا لو باعه كذا مداً من الحنطه الحورانيه أو باعه أرضا مع بيان حدودها صار معلوما و صح البيع.

معلوميه المبيع من سائر الجهات المعتبره تختلف أسبابها باختلاف الأجناس و الأنواع المبيعه فالجنس و الوصف و المقدار مثلا يعرف إذا كان المبيع كليا بالذكر و الاتفاق بين المتبايعين فيقول: أبيعك طنا من الحنطه الفلانيه ثم يذكر من أوصافها ماله مدخليه فى اختلاف الرغبات و الأسعار و ان كان شخصيا فيعرف الأولان بالمشاهده و الاختبار، و اما المقدار فبالكيل و الوزن و العدد و الذراع كما سيأتى و لو كان المبيع الشخصى فى عرف عام أو خاص يكتفى بمشاهدته عن اعتباره و تعيين مقداره كما فى حزمه الحطب و الخضراوات و قرب الماء و اسقيه الألبان و كثير من أمثالها صح بيعه بالإشاره إلى عينه كما سبق و عليه تحمل-:

(ماده ۲۰۲) إذا كان المبيع حاضراً فى مجلس البيع تكفى الإشاره إلى عينه.

و هذا مختص بما يباع بالمشاهده لا مطلق المبيعات فان المكيل و الموزون لا يصح بيعه لو كان حاضراً بالإشاره إليه، نعم فى أمثال ما ذكرناه و فى أنواع الحيوان تكفى الإشاره كما أومأت اليه (المجله)

مثلا لو قال البائع للمشترى (بعتک هذا الحیوان) و المشترى یراه فقال (اشتریته) صح، نعم لو کان المکیل أو الموزون أو المعدود معلوماً عنـدهما فلا حاجه لوصـفه أو اختباره کما ذکر فى ماده (۲۰۳) و من هـذا القبیل الـدور بل مطلق العقارات و البساتین و لا فسخ له الا إذا ظهر تغیره عما کان یعلم.

(ماده: ۲۰۴) المبیع یتعین بتعیینه فى العقد

- مثلا لو قال البائع:

بعتک هـذه السـلعه و أشار الى سـلعه موجوده فى المجلس و قبل المشترى لزمه تسـلیم تلک بعینها و لیس له ان یعطى غیرها من جنسها.

هذه خاصه البیع الشخصـى فإن المبیع یتعین فیه بالعقد فلا یجوز دفع غیره حتى لو تراضیا معاً فإنها معامله أخرى و تکون مقایضه (اى بیع سـلعه بـأخرى)، أمـا الکلى فلاـ یتعین بـالتعیین فلو باعه وزنه حنطه ثم عینها فى وزنه خارجیه لم تتعین و کان له ان یـدفع غیرها و لا حق للمشترى بإلزامه بدفها، نعم یتعین الکلى بالقبض فإذا قبضها المشترى لم یکن للبائع تبدیلها فاغتنم هذا.

(عنوان و بیان)

ان نظم کتاب البیع عند فقهائنا فى مؤلفاتهم انهم یشـرعون أولا فى المکاسب المحرمه کالاکتساب بالقمار و التصاویر و الأصـنام و الخمر و أمثال ذلک، ثم یبدءون بکتاب البیع و تعاریفه و حقیقته و أصاله

اللزوم فيه و يدخلون فى شرائط العقد و تقومه من الإيجاب و القبول و شروطهما و البيع الخالى منهما كبيع المعاطاه و البيع الفاسد ثم شروط العوضين، و بعد ذلك شروط المتعاقدين ثم بيع الفضولى و بعد استيفاء العقد و أركانه و اجزائه يذكرون أنواع البيع و اقسامه باعتبار المبيع و يبدءون منها ببيع الحيوان من إنسان و غيره و له احكام و شئون تخصه دون سائر المبيعات و هو كتاب مستقل، ثم بيع الثمار و لها كذلك مباحث و تحقيقات تختص بهما و لا- تجرى فى غيرها، ثم بيع الصرف و هو بيع النقدين و أحكامه الخاصه به، ثم بيع الربا و هو بيع المكيل و الموزون مع التفاضل، ثم بيع السلم و هو بيع الكلى المؤجل، ثم بيع النسيئه بعكسه و فى كل واحد منها تحقيقات أنيقه، و مباحث دقيقه، ثم يعقبون ذلك بكل واحد من أنواع الخيارات، ثم احكام القبض، ثم الخاتمه فى الإقاله، و أصحاب (المجله) و ان رتبوها أبواباً و فصولا- و لكنهم لم يحسنوا التبويب و الترتيب و لم ينهجوا النهج الطبيعى الملائم للطبع و الذوق و ما يوافق الاعتبار و حسن الاختيار، و ادخلوا بعض الأنواع فى بعض مع شده الاختلاف فى الاحكام، و قد رأيت كيف اقحموا الإقاله فى أثناء شروط العقد و المتعاقدين الى كثير من هذا النظير، و انظر هنا كيف اردفوا الفصل الأول الذى هو فى حق شروط المبيع و أوصافه بالفصل الثانى الذى أهم ما فيه بعض احكام بيع الثمار مع تباعد التناسب بين الفصلين و كان اللازم عقد فصل خاص لبيع الثمار بل عقد فصول لكل نوع يستقل بأحكام خاصه، و قد خلطوا فى هذا الفصل

خلطاً متنـافراً، و جمعوا بين احكـام غير متلاـئمه لاـ تنـدرج فى عنوان واحـد فهى أضـغاث من فصائل شتى، و أنواع متباينه، فبينا يـذكرون بعض احكـام بيع الثمره و لما يسـتوفوها و إذا بهم يقفزون الى بيع غير مقـدور التسـليم و بيع غير المتقوم و أمثالهما مما سبق ذكره قريباً و هو مضافا الى أنه تكرار لا فائـده فيه لا يتناسب مع ما ذكر فى أول الفصل من احكام بيع الثمار و هكـذا كل ما فى هذا الفصل من المواد لا يرتبط بعضـها ببعض الا كارتباط الحصـى بالياقوت باعتبار ان الجميع أحجار والا فأى مناسبه بين بيع الحصه المشاعه ماده (۲۱۴) و بين بطلان البيع بما لا يعد مالا.

ماده (۲۱۰) و بين صـحه بيع الثمره البارزه ماده (۲۰۶) حتى يحشـر الجميع فى صـعيد واحد، و فصل منفرد، و العنوان المذكور و هو ما يجوز بيعه و ما لا يجوز واسع لا يحصى فما الوجه لذكر وحدات من مئات.

و الغرض من كل هـذا بيان ان الحق ان هذا الكتاب اعنى (المجله) فيه علم و فقاهه و لكنه مبعثر و غير محرر فهو أحوج ما يكون الى التحرير و التهذيب، اما التكرار فيه و الإعاده (فحدث و لا حرج).

و لنرجع الى نسق ما ذكروه على علاته.

(الفصل الثانی) فیما یجوز بیعه و مالا یجوز

(ماده ۲۰۶) الثمره التی برزت جمیعها یصح بیعها و هی علی شجرها، سواء کانت صالحه للأکل أم لا.

الثمره من النخیل أو الأشجار لها ثلاث حالات- قبل ظهورها و بعد ظهورها قبل بدو صلاحها، و بعد ظهورها و بدو صلاحها، و لا اشکال و لا ریب فی صحه البیع فی حال ظهورها و بدو صلاحها، سواء اشترط قطعها فوراً أو بقاءها الی وقت جذاذها، و هذا هو الذی إرادته (المجله) بهذه الماده و هو الفرد الواضح و کان اللازم التعرض للحالین الآخرین فقد ذکروا الواضح السهل و أهملوا المهم المشکل و هو بیعها قبل بدو صلاحها و بعد ظهورها، و المشهور الصحه بشرط القطع أو الإبقاء الی نضجها، و أشکل منه و هو محل الخلاف بیعها قبل ظهورها أصلا و قد تضاربت الأقوال فیه و تکثرت و بالنظر الی العام الواحد أو أکثر و مع الضمیمه و عدمها تکون أمهات الأقوال ثلاثه أو أربعه.

۱-: الصحه مطلقاً.

۲-: العدم مطلقاً.

۳-: الصحه فی عامین فصاعدا، و البطلان فی عام واحد.

۴-: الصحه مع الضمیمه مطلقاً فی عام أو أکثر.

و هـذا هو الأصـح حسب القواعـد لأن الأصل الاولى بطلان بيع المعدوم بل اعتبار الوجود من أول شـرائط المبيع و يلزم الاقتصار فى الخروج عن هذا الأصل على المتيقن و هو الصـحه مع الضـميمه مطلقاً و يشـهد له بعض الاخبار و يؤيده ما ورد من صحه بيع الآبق مع الضـميمه و أشـباهه من مجهول الحصول أو الموجود و لا يبعد أيضاً صحه بيعها عامين فصاعداً و لو بدون ضميمه، كما ورد فى بعض الاخبار المسـتفيضه و المحصل من مجموعها المنع بالفحوى من بيعها قبل الظهور عاماً واحداً، اما قبل بدو الصلاح بعـد الظهور ففيها ما هو صـريح بالمنع كصـراحه بعضـها فى جواز بيعها عامين أو أكثر مطلقاً حتى مع عـدم الضـميمه، و قـد علل الجواز فى كثير منها بأنه ان لم يحمل بهـذا العام حمل من قابل و هو مشـعر بجوازه فى العام الواحـد مع الضـميمه، و «تلخص» ان الأصـح الجواز فى عامين فصاعـدا و فى العام الواحد مع الضـميمه أو بعد بدو الصـلاح و ما عدا هذين فالأقرب المنع مطلقاً، هذا فى النخيـل و الأشـجار، امـا الخضـراوات و الزرع مطلقـاً سـواء كـان المقصـود حبه كـالحنطه و الشـعير و الرز و المـاش أو نفسـه كالقصـيل و ورق الحناء و أمثاله فإن كان المقصود بيع الغله قبل ظهورها و صـيرورتها سنبلا بل حنطه و شعير فهو باطل قطعاً لانه بيع معدوم، و ان كان البيع وقع على نفس الزرع و اشترط بقائه إلى أوان حصاده أو قطعه قصـيلا فعلا فهو صـحيح نافذ كما يصح بيع الخضـراوات من الريـاحين جزه و جزتين و البقـل لقطه و لقطتين و الأزهـار و نحوهـا قطفه و قطفتين و ترتفع الجهـاله فى كل هذه

الأنواع بالمشاهده فإن أهلها و هم أهل الخبره بمشاهدتها يعرفون مقدار عائدها و ما يرتفع منها من المنفعه و يزول الغرر و الخطر بـذلك، نعم لو باعهـا من غير مشاهـده كـان باطلاـ و ممـا ذكرنـا ظهر جواز بيع الموجود منهـا و ضم ما سـيوجد إلى أمـد معين كاسـبوع أو شـهر فيشترى الجميع بثمن معين كمـا عرفت سابقاً من ان المعـدوم يجوز بيعه تبعا للموجود على قاعـده أنه يغتفر فى الثوانى ما لا يغتفر فى الأوائل و أمثالها من القواعـد المتقدمه و اليه الإشاره بماده (۲۰۷) ما تتلاحق افراده يعنى ان ما لا يبرز دفعه واحده بل شيئا بعد شـى ء كالفواكه و الأزهار و الورق و الخضـراوات إذا كان قد برز بعضها يصح بيع ما سيبرز مع البارز تبعا له بصفقه واحده و كان ينبغى تقييد ذلك بالمشاهده الرافعه للغرر فى أمثال هذه الأنواع

(ماده ۲۰۸) إذا باع شيئا و بين جنسه فظهر المبيع من غير ذلک الجنس بطل البيع، فلو باع زجاجا على انه الماس بطل.

للظاهر ان المقصود البيع الشخصـى يعنى أشار الى الزجاج و قال بعتک هـذا الألماس ثم ظهر أنه زجاج و قد سـبق فى ماده (۶۵) الوصف فى الحاضـر لغو و فى الغـائب معتبر ان الاختلاف فى الوصف لا يقـدح فلو أشار الى الأشـهب و قال بعتک هـذا الأدهم صح بيع الأشـهب، اما فى الغائب فيقدح لأن المدار فى الحاضـر على المشاهده بخلاف الغائب فإن المدار فيه على الوصف إذ لا مشاهـده حتى يعول عليهـا، هـذا فى اختلاـف الوصف اما مع اختلاـف الجنس كمـا فى مثـال الزجاج فيظهر من (المجله) هناک البطلان و لا يتضح وجه الفرق بين المقامين فان المدار ان كان على

المشاهده و ان المقدم عند تعارض الوصف و الإشاره هو الإشاره فلازمه اطراد ذلک حتی مع اختلاف الجنس فلو أشار الی الزجاج و قال:

بعتک هذا الألماس، فاللازم التعویل علی الإشاره و یبطل الجنس کما یبطل وصف الأشهب بالادهم، هذا إذا کان التعبیر بنحو الإشاره، أما إذا کان علی نحو الشرطیه کما فی هذه الماده حیث باعه الزجاج علی انه الماس فالحق و ان کان کما ذکر فیها من البطلان و لکن لا فرق أیضا فی قضیه الشرطیه بین اختلاف الجنس أو الوصف حتی فی الحاضر فلو قال:

بعتک هذا الفرس علی انه أشهب و هو أدهم فالحکم بالصحه محل نظر بل منع لان البیع وقع علی المقید و هو عدم عند عدم قیده فالموجود لم یقع العقد علیه و ما وقع العقد علیه غیر موجود فکیف نحکم بالصحه.

و التحقیق ان تخلف الوصف یوجب الخیار بخلاف تخلف الحقیقه فإنه باطل و «بالجمله» فباب الإشاره الجنس و الوصف فیها سواء فی الصحه، و باب التقیید و الشرطیه سواء فی البطلان أو الخیار.

و قد تقدم ما عندنا من التحقیق الذی ربما ینفع هنا فراجع.

(ماده: ۲۰۹) بیع ما هو غیر مقدور التسلیم باطل کبیع سفینه غرقت إلخ ..

تقدم هذا البیان بعینه فی ماده (۱۹۸) من غیر جهه افاده فی الإعاده کما ان ماده (۲۱۰) بیع مالا یعد مالا و الشراء به باطل تقدمت بعینها فی ماده (۱۹۹) و هی تغنی عن مادتی (۲۱۱ و ۲۱۲) بیع غیر المتقوم باطل و الشراء به باطل.

و «بالجمله» فقد ذكروا فى هذا الفصل اربع مواد كلها مستدركه و لا فائده بإعادتها، كما ان ماده (۲۰۰) السابقه تغنى عن ماده (۲۱۳) بيع المجهول فاسد إلخ ..

(ماده ۲۱۴) بيع حصه شايعه معلومه كالنصف و الثلث و العشر من عقار معين مملوک قبل الافراز صحيح.

لا ـ اشكال و لا شبهه فى صحه بيع الكسر المشاع و لكن اختصاص ذلك بالعقار لا يعلم وجهه بل يطرد فى العقار و غيره و فى المنقول و غيره كما ان قيد المملوك ان أريد به إخراج حصه مشاعه من غير المملوك كالوقف و نحوه فهو مما لا يقبل البيع مطلقاً لا ـ بعضه المشاع و لا كله و الا فهو مستدرك إذ غير المملوك لا يصح بيعه و مثله قيد «قبل الإفراز» إذ الحصه الشائعه لا تكون الا قبل الإفراز اما بعد الافراز فلا إشاعه، و اخرج بالمعلومه الحصه المجهوله و هو واضح وضوح-:

(ماده ۲۱۵) يصح بيع الحصه الشائعه بدون اذن الشريک

لأن الشركه لا تقتضى سلب مطلق السلطنه بل تسلب السلطنه المطلقه فمثل هذه التصرفات لا تتوقف على اذن الشريك، نعم تصرف كل واحد من الشريكين بالانتفاع بالعين موقوف على اذن الآخر، اما البيع و نحوه مما يقع على نفس حصه الشريك لا على عين المال المشترك فلا ـ يتوقف على الاذن و لكن إشفاقاً على الشريك من ضرر مشاركه الأجنبى الذى ربما لا يلائمه جبره الشارع بحق الشفعه فحفظ بذلك حريه المالك مع مراعاه جانب الشريك ان لا يبتلى بغير الملائم، و قيد الشائعه لعله

احتراز عن بيع الحصه المعينه فى المشاع فإنها لا تنفذ إلا بإذن الشريک أو إجازته و الا فهو فضولى بالنسبه إلى حصه شريكه.

(ماده ٢١۶) يصح بيع حق المرور و حق الشرب و حق المسيل تبعاً للأرض.

هذه الحقوق لها ثلاثه أحوال، فإن حق المرور مثلا اما ان يكون فى أرضه المملوكه له فله ان يبيعه تبعاً للأرض فإنه بعض منافعها و له ان يبيعه مستقلا فيبيع هذه المنفعه الخاصه ان جوزنا بيع المنافع، و اما ان يكون فى أرض الغير فله بيعه مستقلا لانه حق مالى و كل حق مالى يصح بيعه كما يصح إسقاطه، و اما ان يكون فى أرض غير مملوكه كالطرق و الشوارع- عامه أو مرفوعه- فلا بيع و لا معامله عليها مطلقاً بل هى بالحكم أشبه منها بالحق فلا تقبل النقل و الانتقال، كما لا تقبل الاسقاط بحال من الأحوال و «بالجمله» فإن الإنسان فى الشوارع و أمثالها من المحلات العامه لا يملك المنفعه و انما يملك الانتفاع كما ان الناس فى الماء و النار و الهواء شرع سواء، نعم فى الطرق المرفوعه يمكن لأحد الشركاء مصالحه حقه لشريكه أو اتفاقهم جميعاً على مصالحته و نقله لأجنبى على اشكال أيضا، و تحقيق هذا موكول الى محله.

(الفصل الثالث) فی بیان المسائل المتعلقه بکیفیه بیع المبیع

اشاره

یظهر ان هذا الفصل یقصد به بیان المقادیر و المقاییس التی تعرف بها الأعیان التی یتداولها الناس بالبیع و الشراء، و قد أعلمناک ان المقصود عند العرف من معرفه الأجسام اما کمها المتصل أو الکم المنفصل. و المقصود من الأول اما معرفه ثقل الجسم أو مساحته.

و الأول یعرف بالکیل و الوزن و هو الأصل و الکیل طریق الیه، و الثانی یعرف بالذرع، و الثالث بالعدد، و الذرع یرجع الیه فأصول المقاییس- وزن و عدد.

(ماده ۲۱۷) کما یصح بیع المکیلات و الموزونات و العددیات و المذروعات کیلا و وزناً. و عدداً و ذرعا یصح بیعها جزافاً أیضاً،

مثلا لو باع صبره حنطه أو کوم تین أو آجر أو حمل قماش جزافا صح البیع.

اتفق فقهاء الإمامیه و استفاضت اخبارهم بان الأطعمه و خصوص الحنطه و الشعیر بل کل مکیل و موزون عند العرف أو فی زمان الشارع لا- یصح بیعه الا- بکیله و وزنه و ان بیعه جزافا باطل حتی مع المشاهده، و من الغریب بل و من الجازف حکم (المجله) بصحه بیع المکیلات و أخواتها جزافا، و هل یشک أحد ان بیع صبره الحنطه التی لا یعرف المتبایعان وزنها أ طن أو اثنان؟ غرر و بیع الغرر بإجماع المسلمین للحدیث المشهور

باطل.

و «بـالجمله» فبيع الجزاف باطل مطلقاً و لا يصـح شـی ء منه لأن المعلوميه شـرط و الجهاله مفسـده، كما تقـدم فی ماده (۲۰۰) و (۲۱۳)، غايته ان بعض ما يباع ترتفع جهالته بمشاهـدته فلا جزاف ثمه و لا غرر فبيع الحطب و كوم التين و الآجر و حمل القماش أو الفاكهه بالمشاهده لا يعد من الجزاف أصـلا و لو كان لكان باطلا قطعا، و طبيعه البيع لا تحتمل الغرر و الجهاله أصـلا بل هما متضـادان أبـداً. نعم يحتمـل الصـلح و ذلـک لانـه مشـروع لقطع الخصومه و التسـالم و الرضـا بـالواقع كيف كان بخلاف البيع و الإجـاره فإنهما من عقود التغابن و الفائـده فلا يصـح منها ما يكون مظنه الخطر و الخساره و تجويز البيع الجزافی ناشـئ من عـدم النباهه و ضـعف الفقاهه و قصور الباع فی أحكام الشـريعه الإسـلاميه و لـذا لم ينقل القول به عن أحد من فقهاء الإماميه مع كثره اختلافاتهم فی الفروع الفقهيه.

و أغرب من ذلک:-

(ماده ۲۱۸) لو باع حنطه على ان يكيلها بكيل معلوم أو يزنها بحجر معين صح البيع و ان لم يعلم مقدار الكيل و ثقل الحجر.

و لعمری لقد سقطوا بالبيع من مكان حالق و هووا به إلی بئر سحيق و هذه هی الفوضی بعينها، و سحق المدينه بأجمعها، و دعوی ان المشار اليه قد علم به من طريق الحس و هو أقوی طرق العلم واضحه الوهن و السقوط فان الحس و المشاهده لم ترفع الجهاله بمقداره، و لم تفد معرفته بوزنه و عياره، و علی ما ذكروه فيكون من العبث وضع الموازين

و المكاييل و أمثالها و ضاعت هذه الحكمه القويمه، و الفلسفه العاليه، التى توخاها عقلاء البشر من تلك المقررات فى أوائل التمدن الصحيح فى الهيئه الاجتماعيه فتدبره جيداً و لا يذهب بك الاسفاف الى هذه المداحض فان كل هذه الفروض من افراد بيع الغرر الذى هو من أوضح أنواع البيع الفاسد.

و اعلم ان الغرر المنهى عنه الموجب لفساد البيع هو النوعى لا الشخصى فلو فرضنا ان المشترى أو هو و البائع كان قوى الحدس بحيث لو نظر الى الصبره يعرف مقدارها أو يعرف مقدار ما يكفيه نفقه لمده من الأيام فلا- يلحقه اى غرر من شرائها لم ينفع ذلك لأن المبطل هو الغرر المتحقق فى نوع هذا البيع فيبطل كل افراده حتى الخالى من الغرر و لا يصح الا المعلوم مقداره من الطرق المتعارفه و هى الكيل و الوزن و العدد و رديفاتها

(ماده ۲۱۹) كلما جاز بيعه منفرداً جاز استثناؤه من المبيع مثلا لو باع ثمره شجره و استثنى منها كذا رطلا على انه له، صح البيع.

هذه المسأله من توابع بيع الثمار و هى قضيه (الثنيا) و (إيجازها) ان بائع الثمره يجوز له ان يستثنى له منها كسراً مشاعاً ثلثاً أو ربعاً كما يجوز استثناء أرطال معلومه أربعا أو خمساً مع العلم بأن الثمره تشتمل على أكثر من ذلك و له ان يستثنى نخلات أو شجرات معينه و كل هذا يجوز بيعه منفرداً فيجوز استثناؤه لأنه معلوم من معلوم، اما لو استثنى نخلات غير معينه أو أرطالا مجهوله العدد أو كسراً مشاعا مردداً بين الكسور فهو باطل لانه لا يجوز بيعه لجهالته فلا يجوز استثناؤه، و هذا انما يتم

على رأى من يعتبر فى المبيع عدم الجهاله.

أما «المجله» التى جوزت بيع الجزاف فلا مورد عندها لهذه الماده لأن الجميع يجوز بيعه فيصح استثناؤه، ثم ان فقهائنا فرعوا على قضيه (الثنيا) انه لو خاست الثمره أو تلفت فان استوعب التلف فلا ريب انه على البائع و المشترى و ان تلف البعض ففى الكسر المشاع يسقط منه بحسابه و فى النخلات المعينات إن أصابها التلف فقط فعلى البائع خاصه و الا فلا ينقص منها شى ء لتميز المالين و حينئذ فتلف (الثنيا) لا يلحق المبيع و تلف المبيع لا يلحق (الثنيا). و اما الأرطال المعلومه فان نزلناها على الإشاعه توزع النقص على الجميع بالنسبه و ان نزلناها على الكلى فى المعين اختص النقص فى المبيع و لا يلحق (الثنيا) منه شى ء و هذا هو مظهر الفرق بين المشاع و الكلى فى المعين، فتدبره.

(ماده: ۲۲۰) بيع المقدرات صفقه واحده مع بيان ثمن كل فرد و قسم منها صحيح،

مثلا- لو باع صبره حنطه أو وسق سفينه من حطب أو قطيع غنم أو قطعه من جوخ على ان كل كيل من الحنطه أو قنطار من الحطب أو رأس من الغنم أو ذراع من الجوخ بكذا صح البيع.

إذا كانت الجمله من المقدرات معلومه المقدار كيلا أو وزناً أو عدداً و هى متساويه الأجزاء كصبره معلوم ان وزنها طغار أو قطعه جوخ معلوم ان طولها خمسون ذراعاً فباع الحنطه بأجمعها على ان كل وزنه بدينار و الجوخ كل ذراع بربع دينار صح إذ لا جهاله أصلا، اما لو كانت الصبره مجهوله المقدار و القطعه مجهوله الذراع أو كانت معلومه و لكنها

غير متساويه الأبعاض لم يصح البيع كل ذراع بكذا عند فقهائنا للجهاله اى جهاله مقدار ما اشترى، و قد ذكر فى كتاب الإجاره انه لو آجره سنه كل شهر بدرهم بطل، و يظهر من (المجله) الصحه مطلقاً و ليس هو بأسوإ من صحه بيع الجزاف عندهم و بعد البيع لا يجدى الانكشاف، فليتدبر.

و ينسب إلى الحنفيه صحه البيع فى فرد واحد و هو تحكم، و لا يختلف الحكم عندنا بين الجنس الواحد أو الأجناس المختلفه كصبرتين حنطه و شعير، و قد عرفت ان ملاك الصحه فى الجميع هو رفع الجهاله و المعلوميه حال البيع بان يعلم ما ذا باع و بكم باع و المشترى كذلك و لا يبقى بينهما مجال للنزاع أو الخصومه، فاعرفه جيداً.

و من هنا تعلم ماده (۲۲۱) كما يصح بيع العقار بالذراع و الجريب يصح بتعيين حدودها أيضاً، كل ذلك لما عرفت من ان ملاك الصحه ارتفاع الجهاله و هو واضح كوضوح ماده (۲۲۲) انما يعتبر القدر الذى يقع عليه العقد لا غيره، و مما تقدم أيضاً يتضح ما ذكروه فى ماده (۲۲۳) المكيلات و العدديات المتقاربه التى ليس فى تبعيضها ضرر إذا بيع جمله منها مع بيان قدرها، صح البيع سواء سمى ثمنها فقط أو فصل لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمناً على حده فإذا وجد تاما عند التسليم لزم البيع و إذا ظهر ناقصا كان المشترى مخيراً ان شاء فسخ و ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن و هو خيار تبعيض الصفقه، أما الزياده فهى للبائع قطعاً و المثال واضح فلا حاجه الى التطويل

(ماده ۲۲۴) لو باع مجموعاً من الموزونات التی فی تبعیضـها ضرر و بین قدره و ذکر ثمن مجموعه و حین وزنه و تسلیمه ظهر ناقصا عن القدر

فالمشتری مخیر ان شاء فسخ و ان شاء أخذ الموجود بجمیع الثمن المسمی لأن النقص بمنزله العیب و لا حصه للوصف من الثمن فلیس للمشتری تنقیص الثمن کما هو الحکم بخیار العیب.

هـذا الحکم أیضـاً واضـح فـان النقص إذا کان بمنزله العیب فهو مخیر بین الفسـخ و الإمضاء مع المطالبه بالأرش أو الإمضاء بغیر أرش. فإن الأوصاف و ان کانت لا تقابل بالاعواض کما سبق فی صدر الکتاب و لکن النقص لیس فقد وصف بل فقد جزء و لا ریب ان الثمن یقسـط علی الاـجزاء و الأبعـاض و ان لم یقسـط علی الأوصاف فالزیاده و النقیصه لها شأن و ملاحظه و لا تـذهب علی البائع و لا المشتری.

و «تحریر الفرع» ان المتبـایعین إذا اتفقا علی المعامله علی جمله مجموعه سواء کان فی تبعیضـها ضـرر أم لا کقطعه لحم أو فص جوهر و عینـا وزنه و قیمته علی الجمله فإن لوحظ الوزن الـذی ذکراه من باب التقییـد ثم انکشف زیادته أو نقصه فاللازم الحکم حینئـذ امـا بالبطلان أو الخیار علی اختلاف الاعتبارین من انه من قبیل المتباینین أو من قبیل تخلف الشـرط و ان لوحظ علی نحو الـداعی ای ان المقصود بیع هـذه الجمله بالثمن المعین کیف ما کان و انما ذکرا الوزن المخصوص لا علی جهه التقییـد بل علی نحو الصـفه التوضـیحیه لاـ الاـحترازیه و یکون من باب الخطأ فی التطبیق فالبیع صـحیح حتی مع انکشاف النقیصه أو الزیاده و لا خیار و لیس للبائع و لا علیه

شی ء، فلیتدبر.

هـذا و لکن الغالب کما فی مثال المصاغ و الجوهر و غیرهما هو اعتبار القیـدیه فیکون له الخیار بین الفسـخ و بین الأخـذ بحسابه کما فی ماده

(٢٢٥) إذا بیع مجموع من الموزونات التی فی تبعیضها ضرر مع بیان مقداره و بیان أثمان اقسامه و اجزائه و تفصیلها ثم ظهر وقت التسلیم زائداً أو ناقصاً

إلـخ .. و ان کان المثالان مختلفین و احتمال البطلان هنا بعید بل هو مخیر بین الفسخ و بین أخذ المجموع بحسابه و ربما یختلف الحکم باختلاف التعبیر و القصـد فـإذا قال: بعتک هـذه الصبره علی انها وزنه و کل حقه منها بـدرهم فانکشف أنها أقل کان له الخیـار بین الأخـذ بحسابهـا أو الفسـخ فی الجمیع، امـا لو قـال: بعتک هـذه الجمله بقیـد کونها وزنه بکـذا ثم انکشف الزیاده أو النقصان توجه البطلان.

و «الحاصل» ان المقاصد و التعابیر تختلف فیختلف الحکم فاللازم دقه الملاحظه فی کل مورد بحسبه.

(ماده ٢٢٧) إذا بیع المجموع من العددیات المتفاوته و بین مقدار ثمن ذلک المجموع فقط فان ظهر عند التسلیم تاماً لزم البیع

و إذا ظهر ناقصاً أو زائداً کان البیع فی الصورتین فاسدا، مثلا- إذا بیع قطیع غنم علی انه خمسون رأسا بألف و خمسمائه قرش ثم ظهر خمسه و أربعین رأسا عند التسلیم أو خمسه و خمسین فالبیع فاسد.

لا یظهر وجه صـحیح هنا لفساد البیع بل الصحه فیه اولی من الصحه فی ماده (٢٢٥) و هی إذا بیع مجموع من الموزونات التی فی تبعیضها ضرر

إلـخ .. فقد حكمت (المجله) فيها بالصـحه مع الخيار بين الفسخ و بين أخذ المجموع بحسابه فإذا كان المجموع الذى فى قسـمته ضرر كمنقل من نحاس لا يفسد البيع بنقصه أو زيادته فبالأولى أن يصح مالا ضـرر فى قسمته كقطيع الغنم، و مقتضى القاعده أن يصـح بحسـابه كمـا صـح هنـاك بل من المرجـح أن يتعين هـذا و لا يكون له خيار بينه و بين الفسـخ أصـلا للفرق الواضـح بين الأبعاض الاعتباريه و الوحـده الحقيقه و بين الأبعاض الحقيقه و الوحـده الاعتباريه فإن قطيع الغنم ليس وحـدته الا اعتباريه و انما هى وحـدات واقعيه اعتبر مجموعهـا شـيئاً واحـداً بخلاف المنقل فإنه واحـد حقيقه و ينحل بالاعتبار الى أجزاء فالعقـد على تلك الوحدات ينحل الى عقود متعدده فكل رأس من الغنم مبيع مسـتقل فإذا وقع العقد الواحد على خمسـين و كانت خمسه و أربعين فنقص الخمسه لاـ يقـدح فى وقوع العقـد على كـل واحـد من الخمسه و أربعين فيكون لازما لا خيار فيه و لكن بمقـداره و هـذا بخلاف منقل النحاس الذى هو خمسون رطلا فان العقد واحد و قد وقع على شى ء واحد غايته ان العقل يحلله إلى أبعاض و هى الأرطـال و حيث انكشـف عـدم وجـود مـا وقـع العقـد عليه فيقتضـى ان يكون فاسـداً و لكن بـالنظر الى التحليـل الاعتبـارى و ان الموجود بعض المبيع فيكون له الخيار نظير تبعيض الصـفقه و على كل حال فقد ظهر ان الصـحه هنا اولى من الصحه هناك و ان حكم (المجله) بان البيع فى الصورتين فاسد- فاسد.

(و فذلكه الحساب فى هذا الباب)

انک إذا بعت جمله من ذوات الکم المتصل کقطعه أرض أو طاقه قماش أو منقله صفر و أمثال ذلک و عینت عدد الأذرع فی أمثال الأولین أو الوزن فی أمثال الأخیر. و جعلت ثمناً واحداً للمجموع فان کان البیع کلیاً ثم دفعت المصداق فظهر انه أکثر أو أقل فله ان یطالبک بالتکمله فی الأول و لک ان تطالبه بالزائد فی الثانی لیتحقق مصداق الکلی المبیع حسب الفرض و لیس له الفسخ، و ان کان البیع شخصیاً فقلت بعتک هذه الأرض التی هی ألف فدان فظهر أنها أقل أو أکثر فله الخیار ان شاء یأخذ الموجود بحسابه بعد توزیع الثمن المسمی علی الالف و ان شاء الفسخ و کذا فی صوره الزیاده و یکون کبیع جدید بالنسبه إلی الزائد و له الفسخ أیضاً سواء عین للجمله ثمناً أو لکل فدان مقداراً و علی هذا المنوال- بیع ذوات الکم المنفصل من المعدودات و ما یلحق بها من الأطعمه و الحبوب المکیله و الموزونه فإن الکیل یرجع الی الوزن و الوزن یضبط أخیراً بالعدد کوزنه وزنتین و هکذا، ففی البیع الکلی و ظهور النقیصه له المطالبه بالمصداق و مع الزیاده یأخذها البائع لیبقی للمشتری حقه و هو المصداق و لا فسخ فی الصورتین، اما فی البیع الشخصی فکل منهما مخیر بین الفسخ و بین الإمضاء بالحساب فاغتنم هذا البیان فلعلک لا تجده فی غیر هذا الکتاب، و منه تعرف ما فی ماده

(٢٢٨)، إذا بیع مجموع من العددیات– إلخ .. فإن الحکم بالخیار فی صوره النقیصه کالحکم بالفساد فی صوره الزیاده لا وجه له أصلا

و الحق ان البیع صحیح علی جمیع التقاریر غایته انه مع الخیار تاره و بلا خیار

اخری، کما ان ماده (۲۲۹) فی الصور التی یخیر فیها المشتری من المواد السابقه إذا قبض المشتری المبیع مع علمه بأنه ناقص لا یخیر فی الفسخ بعد القبض نعم لا خیار له بالفسخ مع علمه لأن قبضه ظاهر فی رضاه بالعقد و لکن له حق المطالبه بالنقیصه کما ان دفع البائع مع علمه بالزیاده لا یمنعه من الرجوع به و هو اعلم بقصده ان قال قصدت الأمانه أو غیر ذلک.

(الفصل الرابع) فی بیان ما یدخل فی البیع بدون ذکر صریح و مالا یدخل

قد عرفت ان المرجع فی مثل هذا الی العرف الخاص للمتبایعین و هو یختلف باختلاف الأمکنه و الأزمنه و العناصر و اللغات و لا یدخل تحت عنوان واحد و ضابطه مطرده فان تسالم المتبایعان علی دخول شی ء أو خروجه فذاک و ان تنازعا فالمرجع الی عرفهما ان اتفق و ان اختلفا أو حصل الشک فالأصل عدم الدخول لاستصحاب بقاء ملک البائع. و قد یتفق عرف البلدان و الأمم علی دخول شی ء إذا کان کالجزء من الشی ء أو جزء حقیقی کالمفتاح من القفل أو القفل اللاصق بالباب (کیلون) الذی هو کجزء منها اما مثل البقره الحلوب فیختلف العرف فی دخول

فلوها و عـدم دخوله فقـد يـدخل فى عرف قوم و قـد يخرج فى عرف آخرين ثم ان تخلف الـداخل فى المبيع عنـد الإطلاق من حيث انه يوجب الخيـار فقـط اوله المطـالبه برد جزء مـا يقابله من الثمن يرجع فيه الى العرف أيضاً فإن كان عنـدهم بمنزله الجزء الحقيقى كـان له قسـط من الثمن كـالميزاب أو الباب مثلا و الا فليس الا الخيار، و بهـذا يتضـح أكثر ما ذكر فى هـذا الفصل من المواد و ما ينبغى ان يقال فيها على الإجمال، و الى هنا انتهى الباب الثانى من أبواب البيوع المسطوره فى (المجله) و به يتم الجزء الأول من هذا الكتاب (التحرير)، و يليه إن شاء اللّه (الجزء الثانى) و يكون اوله (الباب الثالث) فى المسائل المتعلقه بالثمن و كان العزم على إنهاء أبواب البيع كلها فى هذا الجزء الذى بدأنا فيه اوليات شوال سـنه ۱۳۵۹ و بلغنا الى هذا المقام بأقل من شهرين و قـد تجاريا طبعه و تأليفه معاً فى زمن واحـد، و قـد انتهزنا سويعات إلقاء هذه الخواطر للنشر من أنياب النوائب و حوادث الأيام و كوارث الآلام و الأسقام و تراكم الأشغال و المزعجات الروحيه و البدنيه و على كل فالمنه للّه وحده و هو حسبنا و نعم الوكيل.

(تدارک)

یوجـد فی مکتبتنا من المطبوعات القـدیمه کتاب (الأشـباه و النظائر) للفقیه الشـیخ زین بن نجیم الحنفی المصـری من أهل القرن العاشـر و کنـا قبـل برهه متمـادیه تصـفحناه و أتینـا علی جمله من أبوابه و عنـد مـا شـرعنا فی هـذا التحریر و ذکرنا المؤلفات فی القواعد العامه غاب عنا ان نذکر هذا الکتاب أو ان ننظر فیه و نستمد منه، و لما انتهینا الی ختام هذا الجزء استحضرناه من المکتبه فوجـدنا ان المائه ماده التی ذکرتها (المجله) فی المقـدمه جلها أو کلها بنصـها و ترتیبها مأخوذ من هذا الکتاب بل و أکثر المواد فی أبواب البیوع و الإجارات و ما بعـدها من المعاملات أیضاً منتزع من الکتاب المزبور. و أول ما ذکر من القواعـد العامه قاعـده (لاـ ثواب إلاـ بنیه) (الثانیه) (الأمور بمقاصـدها) و هکـذا بتغیر یسـیر عما فی (المجله) و الناظر فیهما یجـد فی أول نظره ان کتاب (المجله) قـد اختصـر من ذلـک الکتـاب أو هو تحریر له. امـا الکتـاب فی حـد نفسه فالإنصـاف ان فیه ثروه من القواعـد العامه و الفروع النادره و ماده من الفقاهه و الاستنباط تنبع من سعه خیال، و طول باع، و غزیر اطلاع، و لکن قد خلط فیه الحابل بالنابل، و جمع بین الغث و السـمین، و الرکیک و المتین، حتی بلغ به الاسـفاف و الضعف الی ذکر باب واسع من جمله أبوابه- فی أحکام (الجان) و أنت خبیر بان الفقه إذا دخلت فیه احکام الجان، فقد صار

أشبه شـی ء بالخرافه و الهذیان، و إذا وفق اللّٰه سبحانه لتألیف الأجزاء الباقیه من هذا (التحریر)، فعسی ان نتعرض لذکر النافع من هذا الکتاب فان فیه فوائد مطموره فی التوافه طمور الدر فی المزابل، و هذا الکتاب عند الجمهور أشبه ما یکون بکتاب (القواعد) للشهید الأول عند الإمامیه و لکن لیس فی کتاب (القواعد) احکام الجان و کثیر من أمثالها من الفروع السخیفه و الفروض النادره التی لعلها تقع و ربما لا تقع فی الدهر و لا مره، و علی کل ذلک فشکر اللّٰه مساعیهم، و أثابهم علی نیاتهم و أعمالهم، فقد جدوا و اجتهدوا، و نفعوا و أفادوا، و نسئله ان یختم لنا بالحسنی انه ولی الإحسان، و آخر دعواهم ان الحمد للّٰه رب العالمین و قد وافق ختامه بقلم مؤلفه الضعیف العاجز.

محمد الحسین آل کاشف الغطاء صباح الجمعه.

۲۷ ذی قعده الحرام سنه ۱۳۵۹

الجزء الأول القسم الثانی

اشاره

الكتاب الأول

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

كلمه امام المقصود

ذكرنـا اننـا لمـا وجـدنا مجله (الأحكـام العـدليه) هى المرجع الأعلى و الـتى عليهـا المعول من زمن الأتراك إلى اليوم ليس فى خصوص العراق بـل فى عـامه الأقطار العربيه و غيرها، و وجـدناها لأول نظره فى أشـد الحاجه الى التنقيـح و التحرير كتبنا (الجزء الأول) و أجزنـا للمطبعه نشره و تقـديمه إلى (كليه الحقوق) و اساتـذتها الاعلام و سائر علماء الحقوق و الفقه و نقباء الشـرع و القـانون و كـافه رواد العلم و التحقيق من الطلاب و المعلمين و كـانت محتويات (الجزء المتقـدم) لا تعـدو ان تكون واحـده من ثلاث شـرح. أو انتقاد. أو اسـتدراك. يعنى شرح بعض مشكلاتها، و الإيماء الى عثراتها، و ضم بعض موادها إلى أخواتها و ليس الغرض من كل ذلـك سوى ان نسـد فراغـاً و نكمل نقصاناً و نسـتدرك فائتاً، إتماماً للفائـده، و إعظاماً للمنفعه فان أجـدت فيما افدت فالمنه للّه وحده، و الا فيكفى حسن النيه، و سـمو المقصود، و ما توفيقى إلا باللّه عز شأنه و من عنايته استمد التوفيق لإتمام بقيه الاجزاء على النهـج المتقـدم أو أقوم قيلا، و انهـج سبيلا، و قصار انا ان التمحيص و النقد أحب إلينا فيما نكتب من الإطراء و الحمد.

[تتمه کتاب البیوع]

الباب الثالث فی بیان المسائل المتعلقه بالثمن

الفصل الأول فی بیان المسائل المترتبه علی أوصاف الثمن و أحواله

[ماده: ۲۳۷] تسمیه الثمن حین البیع لازمه، فلو باع بدون تسمیه ثمن کان البیع فاسداً

هـذا الحکم ضـروری بعـد الـذی عرفت من ان البیع مبادله مال بمال یعنی انه نسـبه و اضافه بین مالین و هل یعقل تحقق الإضافه بـدون طرفین و کـذا لو کان فعلا و انفعالا فإنه فعل یتعلق بشـیئین و جعل أحدهما مکان الآخر و علیه فحق التعبیر ان یقال: لو باع بغیر ثمن لم یقع بیع، لاـانه کـان فاسـداً و قـد تکرر بیان ان الثمن و المثمن من مقومات البیع و أرکانه نعم لو کان الثمن مجهولا کان بیعاً و لکنه فاسد، فتدبره کما فی.

(ماده: ۲۳۸) یلزم ان یکون الثمن معلوماً.

و قـد عرفت اعتبار المعلومیه فیه و فی المثمن فی خمسه أمور. الوجود و الحصول و الجنس و الوصف و القدر. فلو حصل الجهل بشی ء منها کان البیع فاسداً.

(ماده: ۲۳۹) إذا کان الثمن حاضراً فالعلم به یحصل بمشاهدته و الإشاره الیه و ان کان غائباً یحصل ببیان مقداره و وصفه.

المشاهـده لاـ تكفى إلاـ إذا كـان الثمن أو المثمن غير مكيـل و لاـ موزون و لا معـدود و قـد تقـدم انه لو باع صبره حنطه لا يعلم مقـدارها فـالبيع عنـدنا باطـل و مثله الكلام فى الثمن فلو اشترى منه وزنه حنطه بقبضه دراهم لا يعلم عـددها كان باطلا، نعم عند أرباب (المجله) الذين يجوزون بيع الجزاف يكون صـحيحاً و لكن لا معنى حينئذ لقولهم فى الماده السابقه و أمثالها مما سبق انه (يلزم ان يكون الثمن معلوماً) و دعوى انه يصير بالمشاهده معلوماً واضحه المنع، فليتدبر.

(ماده: ۲۴۰) البلد الذى يتعدد فيها نوع الدينار المتداول إذا بيع فيه شى ء بكذا دينار و لم يبين نوع الدينار يكون البيع فاسداً.

هـذا صـحيح و الفسـاد جـاء من جهه الجهـاله و لكن ينـاقضه حكمهم فى المـاده اللاحقه (۲۴۱) إذا جرى الـبيع بعـدد معلوم من القروش كـان للمشترى ان يؤدى الثمن من اى نوع شـاء إلـخ .. إذ لاـ فرق فى ذلـك بين القروش و الـدنانير إذا كانت أنواع كل منهما رائجه غير ممنوع تداولها سواء كانت متحده القيمه أم لا.

(ماده: ۲۴۲) إذا بين وصف الثمن وقت البيع لزم المشترى ان يؤدى الثمن من نوع النقود التى وصفها.

مثلا- لو عقد البيع على ذهب مجيدى أو انكليزى إلخ لزم ان يؤدى من النوع الذى وصفه.

هذا أيضاً صـحيح و من الغريب ما فى ماده «۲۴۳» لا يتعين الثمن بالتعيين فى العقـد مثلا- لو أدى المشترى للبائع ذهباً مجيدياً فى يده ثم اشترى بذلك الثمن شيئاً لا يجبر على أداء ذلك الذهب بعينه بل له ان

يعطى ذهباً مجيدياً من ذلک النوع غير الذى أراه إياه.

إذا كان البيع من حيث الثمن شخصياً فلا- إشكال فى انه يتعين و إذا لم يدفعه بعينه كان للبائع الفسخ، نعم لو كان كلياً فله ان يدفع اى فرد شاء من ذلک النوع و لا يتعين الذى كان فى يده، و من هنا يعرف الحال فى ماده «۲۴۴» فإن البيع ان كان شخصياً تعين ما شخصه من الليرات مثلا- أو أبعاضها و ان كان كلياً كان له دفع الأبعاض الا ان تنقص قيمتها عن الكل مثلا- إذ اشترى بخمسه دنانير فله ان يدفع عشرين ربع دينار الا- ان يكون قيمتها أقل من خمسه دنانير مجتمعه كما يتفق ان الفرط مبذول و المجتمع عزيز و هو يختلف باختلاف الأزمان و البلدان و غيرها، فليلاحظ.

الفصل الثانى فى بيان المسائل المتعلقه بالبيع بالنسيئه و التأجيل

اشاره

قد سبق ان إطلاق العقد يقتضى كون الثمن نقداً و هذا هو الأصل فى العوضين كما فى ماده (۲۵۱) و كان حقها ان تتقدم الا ان يقيد أو يكون عرف يقتضى التأجيل كما فى تلک الماده ثم ان جعل المثمن مؤجلا فهو السلم و ان جعل التأجيل فى الثمن فهو النسيئه كما فى ماده (۲۴۵) البيع مع تأجيل الثمن و تقسيطه صحيح و يجرى هذا فى الكلى و فى الأعيان فيجوز ان يجعل الثمن عيناً من النقود أو غيرها و يشترط تأجيل دفعها الى سنه أو أقل أو أكثر و يلزم فى النسيئه تعيين المده

و ضبطها بالأشهر أو السنين كما فى قوله تعالى (إِلىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى) فإذا جعله لمده غير معلومه كمجى ء الحاج أو هبوط الأمطار أو نحو ذلك بطل البيع من أصله لبطلان ركنه و هو الثمن و منه يعلم ماده «٢٤٧ و ٢٤٨» و من الجهاله المفسده ان يشترط المشترى دفع الثمن للبائع إذا باع ما اشتراه من الغير.

(ماده: ٢٤٩) إذا باع نسيئه بدون مده تنصرف المده إلى شهر واحد فقط

يصح هذا ان كان هناك عرف خاص فى بلد المتبايعين بحيث ينصرف الإطلاق اليه و الا فهو ممنوع أشد المنع و لا فرق بين الشهر و اليوم و السنه فيكون باطلا.

(ماده: ٢٥٠) يعتبر ابتداء مده التأجيل و التقسيط المذكورين فى عقد البيع من وقت تسليم المبيع

فلو حبسه البائع سنه اعتبر أول السنه التى هى الأجل من يوم تسليم و للبائع حينئذ ان يطالبه بالثمن الى مضى سنه من وقت التسليم أو سنتين من حين العقد.

هذا محل منع بل مقتضى القاعده اعتبار الابتداء من حين العقد سيما مع اشتراط تأجيل تسليم المبيع أو التماهل فى قبضه من المشترى الا ان يكون عرف خاص هناك، فليتدبر.

الباب الرابع فی بیان المسائل المتعلقه فی الثمن و المثمن بعد العقد

اشاره

و یشتمل علی فصلین

الفصل الأول فی بیان حق تصرف البائع و المشتری بالمبیع بعد العقد و قبل القبض

(ماده: ۲۵۲) البائع له ان یتصرف بثمن المبیع قبل القبض مثلا لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له ان یحیل بثمنه دائنه.

الثمن اما ان یکون کلیا فی الذمه أو یکون عینا شخصیه فإن کان کلیا جاز ان یتصرف البائع به قبل قبضه و تعینه بان یبیعه أو یهبه من المشتری أو غیره غایته ان هبته للمشتری إسقاط و له ان یحیل دائنه علیه فیصیر المشتری مشغول الذمه لدائن البائع و لا یعقل هنا التلف قبل القبض اما لو کان عیناً شخصیه فإن تلفت قبل القبض کان التلف علی المشتری کما عرفت سابقاً و ینحل العقد کما فی تلف المبیع قبل القبض و مع وجودها فللبائع أن یتصرف بها کیف شاء قبل القبض و بعده لأنه قد ملکه بالعقد و لا تتوقف ملکیته علی قبضه.

نعم هی ملکیه متزلزله و لکنها لا تمنع من التصرف و بالتصرف تکون مستقره و لازمه کلزومها بالقبض.

(ماده: ۲۵۳) للمشترى ان يبيع المبيع لآخر قبل قبضه ان كان عقارا و الا فلا.

لا فرق عندنا فى صحه تصرفات المشترى فى المبيع قبل القبض بين ان يكون عقاراً أو غيره كما عرفت من تحقق الملكيه بمجرد تماميه العقد و هى كافيه لصحه التصرف و أقصى ما يتصور فى الفرق بين العقار و غيره ان العقار لا يعرضه التلف قبل القبض غالباً فتكون الملكيه مستقره بخلاف غيره و لكنك خبير ان هذا على فرض تسليمه لا يمنع من التصرف لان مصحح التصرف هو مطلق الملكيه لا الملكيه المطلقه و هو واضح.

نعم قد تقدم فى بعض المواد ان الطعام بل مطلق المكيل و الموزون ورد النهى عن بيعه قبل قبضه و عمل أكثر أصحابنا بذلك و اختلفوا بين قائل بالتحريم فقط و بين قائل بالفساد أيضاً، و هذا أمر تعبدى و القواعد لا تقتضيه، فليتدبر.

الفصل الثانى

(ماده: ۲۵۴) للبائع أن يزيد مقدار المبيع بعد العقد

فالمشترى إذا قبل فى مجلس البيع الزياده كان له حق المطالبه بتلك الزياده و لا تفيد ندامه البائع فلو اشترى عشرين بطيخه بعشرين قرشاً ثم بعد العقد قال البائع أعطيك خمساً اخرى و قبل المشترى هذه الزياده فى المجلس أخذ خمساً و عشرين بطيخه بعشرين قرشاً، اما لو قبل بعد المجلس فلا يجبر البائع على إعطاء الزياده.

هذا حكم كيفى و قول خرافى لا ينطبق على شـى ء من الأصول و القواعد فان العقد إذا تم و وقع على صوره فقد انتهى كل شى ء و ليست الزياده الخارجه عن العقـد الا وعـد مسـتقل له ان يفى به و له ان لا يفى، نعم حيث انهما ما داما فى مجلس العقد لهما خيـار المجلس فيمكنهما حل العقـد الأول و إيقاعه جديـداً بصـيغه أخرى على الخمسه و عشـرين فيجب الوفاء به و لكنه خلاف الفرض فليتـدبر و مثله الكلام بعينه فى ماده «٢٥٥» من انه للمشترى زيـاده الثمن و انه ملزوم بها و ان وقع العقـد على أقل منها، و الجميع جزاف فافهم ذلك.

(ماده: ٢٥۶) حط البائع مقداراً من الثمن المسمى بعد العقد صحيح و معتبر فى موضع جازت فيه الزياده إلخ

جميع هـذه المواد من هـذه الماده إلى آخر هذا الفصل ماده (٢۶١) لا مجال لها عندنا معشـر الإماميه أصـلا و العقد يلزم على ما وقع عليه من مقـدار الثمن و المثمن لا يزيـد بعـد العقد و لا ينقص سواء حصل التقابض بينهما أم لا، و ليس الحط من الثمن بعد العقـد أو الزياده فيه أو فى المثمن إلا هبه للزائد أو إسـقاط من الثمن المسـمى اى إبراء و هكذا، اما العقد الواقع الجامع للشـرائط فلاـ يتغير و لاـ يتبـدل عمـا وقـع عليه و لاـ يحول و لاـ يزول، نعم يمكن إزالته بالفسـخ من جهه خيـار المجلس أو غيره من أنواع الخيارات و يعقـدون عقداً آخر على الزائد أو الناقص، و ليس البيع بعد وقوعه يبقى كيفياً يتلاعب المتبايعان به كيف ما أرادا بل هو أمر إلزامى و تعهد دائمى، و عليه فقد سقط البحث فى جميع تلك المواد المبنيه على هذا

الأساس المتلاشی فتدبره جیدا.

و یـترتب علی مـا ذکرنـاه من ان دفع الزیـاده فی الثمن أو المثمن یکون هبه ابتـدائیه ان له الرجوع فیهـا فی المجلس و بعـده قبل القبض و بعده الا ان یکون هناک أحد الملزمات للهبه المعروفه، اما حط بعض الثمن أو کله فقد عرفت انه إسـقاط و إبراء و انما یتحقق هـذا حیث یکون الثمن کلیاً فی الـذمه امـا لو کـان عینـاً خارجیه فلا معنی للحط أصـلا، و لعل الی بعض هـذا تشـیر ماده (۲۶۰) فتأملها جیداً.

(الباب الخامس) فی بیان المسائل المتعلقه بالتسلیم و التسلم

اشاره

و فیه سته فصول

الفصل الأول فی حقیقه التسلیم و التسلم و کیفیتهما

(ماده: ۲۶۲) القبض لیس بشرط فی البیع

قد مر علیک ان العقد هو الإیجاب و القبول و إذا حصلا بالشرائط المعتبره فقد صار المبیع للمشتری و الثمن للبائع فیجب علی کل منهما ان یدفع الی الآخر المال الذی انتقل الیه فالقبض و الإقباض أی التسلیم و التسلم من آثار العقد و ثمراته لا من أرکانه و مقوماته إلا فی موارد مخصوصه للدلیل الخاص کبیع الصرف بالنسبه إلی النقدین و بیع المسلم بالنسبه إلی الثمن و الهبه فإن القبض فی هذه الموارد رکن لا تحصل الملکیه إلا به بخلاف سائر أنواع البیوع فإنها تحصل بالعقد و یکون المبیع فی ید البائع کأمانه یجب دفعها الی صاحبها و هکذا الثمن عند المشتری، و قد سبقت الإشاره إلی انه لیس أحدهما أولی بالمبادره بالدفع من الآخر فان تبرع أحدهما أو سبق وجب علی الآخر الدفع و ان تشاحا أجبرهما الحاکم علی التقابض و توهم بعض انه یجب علی المشتری متی تم العقد ان یسلم الثمن إلی البائع أولا ثم یسلم البائع المبیع الیه کما نصت علیه (المجله)

هنا، و بعضـهم عكس فأوجب على البائع تسـليم المبيع حتى يسـتحق قبض الثمن، و الحق ما عرفت من عدم ترجيح أحدهما على الآـخر بعـد حصول الملكيه لكـل منهمـا دفعه واحـده و لكـل من الوجهين اعتبارات ظاهره و لكنها غير معتبره كما لا يخفى على المتدبر.

(ماده: ۲۶۳) تسليم المبيع يحصل بالتخليه و هو ان يأذن البائع للمشترى بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسلم المشترى إياه

هـذه المسأله (اعنى مسأله القبض) من مهمات مسائل البيوع أو أمهاتها و قد شاع فى كلمات فقهاء الفريقين ان القبض هو التخليه و هو من الغرابه بمكان فإن التخليه سواء من البائع للمبيع أو من المشترى للثمن غير القبض فكيف يفسر عمل شخص بفعل الآخر فتخليه البـائع مبيعه غير قبضه للثمن و قبض المشترى غير تخليه بين البـائع و بين الثمن ثم ان التخليه أشـبه بـأمر عـدمى فإنها عباره عن عـدم المنع أو عـدم المـانع فكيف يكون تفسـيراً للقبض الـذى هو أمر وجودى و هو التسـلم و التسـليم و «الحاصل» ان كلام الفقهاء فى التخليه مشوش لا يكاد يتضح وجهه و قد جرت (المجله) على هذا المجرى من غير إمعان و تمحيص، و تحقيق المقام ان كلا من البائع و المشترى يلزمه قبض و إقباض (أى يلزم البائع تسليم المبيع و تسلم الثمن، و يلزم المشترى تسليم الثمن و تسلم المبيع) حيث لاـ يكون كـل منهما مقبوضاً أو بحكم المقبوض كما فى الـدين و نحوه، و لكن القبض و الإقباض و ان شـئت فقل التسليم و التسلم من كل منهما يختلف باختلاف ما يقع عليه البيع فقد يتحقق الإقباض بالتخليه و الاذن فقط و قد

لا يتحقق الا يوضعه فى يده أو فى صندوقه كما ان القبض قد يحصل بصرف علمه بالتخليه و قد لا يحصل إلا بأخذه بيده و بين هذين الحدين أنواع و اشكال يتحقق بها القبض و الإقباض و تندرج أنواع القبض تحت عنوان واحد و هو الاستيلاء على الشى ء و السلطنه عليه كما يجمع جميع أنواع الإقباض التسليط و التمكين فقد يتحقق التسليط بصرف التخليه و قد يحتاج معها إلى شى ء آخر، و لما اختلفت الأنواع المحققه للقبض و المحققه للإقباض اختلفت تعبيرات الفقهاء و كل واحد نظر الى جهه و ناحيه فعبر بها حتى بلغت الأقوال فى بيان القبض حسب ما ذكره بعض اعلامنا المتأخرين على ما اتخطره إلى ثمانيه و عند التحقيق فهى من باب اشتباه المصداق بالمفهوم و لكل من القبض و الإقباض مفهوم انما الاختلاف و التعدد فى محققاته و مصاديقه المختلفه فاقباض أراضى الزراعه هو تخليتها و اعلام المشترى بتفريغها و هذا محقق لإقباضها و تسليط البائع كما ان علم المشترى و سكوته محقق لتسلمها و قبضها سواء تصرف فيها ببعض أنواع التصرف أم لا- و لكن هذا المقدار لا يكفى فى مثل الدار أو الدكان و الخان بل و البستان حتى يدفع اليه المفتاح مثلًا كما ان علم المشترى بتفريغها لا يكفى فى تسلمه و قبضه حتى يأخذ المفتاح أو يتصرف بنحو من التصرفات و هكذا الى ان يصل الأمر فى مثل الأمتعه و الدراهم و الدنانير التى لا يكفى فى إقباضها رفع اليد عنها بل لا بد من وضعها بين يدى المشترى، و تسلمه لها ان يقبضها بيده أو يضعها فى جيبه و نحو ذلك كما ان الدابه إقباضها دفع زمامها و تسلمها أخذ الزمام أو الركوب أو سوقها امامه أو أخذ اذنها و أمثال ذلك، و هكذا الكلام

فی المکیـل و الموزون و لکن ثبت بالأدله الخاصه أن کیـل الطعـام قبض یعنی ان المشـتری إذا قـال للبـائع کـل لی وزنه حنطه فکالهـا کان ذلک بمنزله قبض المشتری فلو تلف بعـد الکیل کان تلفها علیه لا علی البائع و لو لا الأدله الخاصه لم نقل بأنه قبض بـل قبض الطعـام و المتاع عرفاً هو نقله و حمله من مکان البائع إلی مکان آخر یختاره المشتری و علی کل فالقبض الـذی یترتب علیه ذلـک الأثر المهم و هو برأیه البائع من الضـمان هو عباره عن التسـلم و الاستیلاء الـذی هو فعل المشتری لا التخلیه التی هی من فعل البائع.

و «المراد» من القبض هنا هو القبض العرفی لا اللغوی الذی هو الإمساک بالید و لیس للشارع فیه اصـطلاح خاص قطعاً فما هو الا القبض العرفی الـذی قـد عرفت جوهر معنـاه و جـامع افراده، نعم یبقی الإشـکال فی موارد الشک فی تحقق القبض و لا ریب ان الحکم هو عـدم ترتب آثـار القبض بمقتضـی الاستصـحاب، مثلًا- إذا اشتری مائعاً من دهن و نحوه و أخـذ البائع یصـبه فی وعاء المشتری فاتفق ان عرض للإناء ثقب فی أسـفله و صار الدهن یسیل فی الأرض من غیر علم و لا تفریط ففی مثل هذا یقع الشک فی تحقق القبض و عدمه نظراً الی ان صبه فی إناء المشتری تسلیم فلا ضمان علیه أوان استیلاء المشتری لم یحصل بعد فهو تلف قبـل القبض فیکون علی البـائع، و مثله لو قال بایع الـدابه للمشتری: خـذها، و أرسل الزمام من یـده و قبل ان یأخـذها المشتری أو یرکبها شردت أو ماتت، و أقصی مبالغ الدقه فی هذه

الفروع و الفروض ان يقال: ان برأيه البائع من الضـمان هل هى منوطه بتسـليمه فقط أو بتسليمه و تسلم المشترى أيضاً أو ان تسلم المشترى يحصل بمجرد تسـليط البائع و تمكينه أو يحتاج إلى عنايه منه بتصـرف أو استيلاء أو نحوه و حل هـذه العقده و ان كان لا يخلو من صـعوبه و تحتاج الى مزيد تتبع و استقراء للنصوص و كلمات الأصحاب و لكن من البعيد جداً اناطه ضمان شخص و عدمه بعمل شخص آخر و عدمه فتدبر ذلك.

اما قبض البعض فلاـ ريب فى انه يترتب عليه حكمه فـإذا تلف البـاقى فى يـد البـائع كان عليه ضـمانه و يثبت بعـده خيار تبعيض الصـفقه و جميع مواد هـذا الفصل تعود واضـحه بعـد البيان المتقـدم، نعم الماده الأخيره (۲۷۷) قبض المشترى المبيع بـدون اذن البـائع قبـل أداء الثمن لاـ يكون معتبراً الاـ ان المشترى لو قبض بـدون الاـذن و هلـك فى يـده أو تعيب يكون القبض معتبراً، فيها إجمال و تعقيد مخل بالغرض المقصود، و تحريرها- أنه لما كان من المعلوم ان الغرض من تسليم البائع المبيع هو حصوله فى يد المشترى و لذا لو كان فى يده قبل البيع بعاريه أو وديعه سـقط وجوب التسـليم فكذا لو قبضه المشترى بدون اذن البائع و تسـليمه فقـد حصـل الغرض المهم من التسـليم و هو الحصول فى يـد المشترى و سـقط الضـمان عن البائع و صار تلفه على المشترى فقد صار هـذا القبض معتبراً من هـذه الناحيه (أى ناحيه سـقوط الضـمان)، ثم ان هذا القبض العارى عن الاذن ان كان بعد دفع الثمن إلى البائع فهو قبض معتبر من جميع الجهات و جميع

تصـرفات المشترى فيه تكون صحيحه نافذه، اما لو كان قبل دفع الثمن فالقبض المزبور و ان كان معتبراً من حيث إسقاط الضمان و لكنه غير معتبر من حيث نفوذ تصـرفات المشترى فيه فلو بـاع أو رهن أو وهب وقف على إجـازه البائع لأن له حق حبسه الى ان يقبض الثمن فيكون تصـرفات المشترى موقوفه لأنها وقعت على متعلق حق الغير فهى أشبه بالفضولى و بيع الراهن للعين المرهونه و ان لم تكن منه.

هكذا ينبغى ان تحرر المسائل و للّه المنه وحده.

الفصل الثانى فى المواد المتعلقه بحبس المبيع

خلاصه هـذا الفصل قـد تقدمت فى الأبواب السابقه حيث أوضـحنا ان المشترى له ان يحبس الثمن حتى يقبض المبيع و للبائع ان يحبس المبيع حتى يقبض الثمن فـان تبرع أحـدهما فبـادر الى التسـليم وجب على الآـخر الـدفع و سـقط حق الحبس و ان تشـاحا أجبرهما الحاكم على التقابض، و حق الحبس طبعاً انما هو فى غير بيع النسـيئه بالنسبه إلى الثمن و فى غير بيع السلف بالنسبه إلى المثمن و فى غير الموارد التى يكون الثمن مقبوضـاً للبـائع أو المبيع مقبوضاً للمشترى و إذا بادر أحـدهما بالتسـليم فان دفع الثانى فذاك و إلا فله استرجاع ما دفع لان حق حبسه لم يسـقط بالكليه بل سقوطه مراعى بدفع الآخر فإذا لم يدفع كان له الاسترداد إلا إذا صرح بإسقاطه مطلقا

و بهذا تظهر الخدشه فی ماده (۲۸۱) إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه و ليس للبائع ان يسترد المبيع من المشتری، و باقی المواد واضحه.

الفصل الثالث فی حق مكان التسليم

تحرير هـذا الفصـل ان المتبـايعين ان علم كـل منهما ان المبيع الشخصـی فی محل غير بلـد العقـد و أطلقا البيع فالإطلاق يقتضـی تسـليمه فی محـل المبيع الاـ ان تكون هنـاك قرينه أو عرف خـاص يقتضـی خلاـف ذلك، و ان جهل كل منهما ذلك أو جهل المشتری فإطلاق العقد يقتضـی تسليمه فی بلد العقد كما لو كان كلياً و الا كان للمشتری الخيار فيهما، هذا كله مع الإطلاق و الا فالشـرط هو المتبع و ما ذكرناه هو حاصل المواد الثلاث (۲۸۵، ۲۸۶، ۲۸۷) و من الغريب هنا الـذی لا يعرف وجهه ما نقله بعض الشـراح عن بعضـهم من أنه- إذا بـاع البـائع الحنطه و هی فی أرضه و اشترط تسـليمها فی مكان معين صـح البيع و لزمه تسـليمها حيث شرط الا إذا اشترط حملها و نقلها الی دار المشتری فان ذلك يفسد البيع انتهی.

اما الثمن فان كان كلياً و أطلق فحقه التسـليم فی بلـد العقـد و ان كان شخصـياً فمثل ما تقدم فی المبيع الشخصـی و يكون الخيار للبائع مع جهله، فتدبره.

الفصل الرابع فی مئونه التسلیم و لوازم إتمامه

لیس فی هذه الناحیه من البیوع قاعده مطرده یمکن الاعتماد علیها بقول مطلق و إیکال ذلک الی عرف البلد فی غیر موارد الشرط أتقن و أحسن کما فی ماده (۲۹۱) و حیث یکون هنالک عرف خاص أو عام أو شرط فلا إشکال إنما الإشکال حیث لا یکون هناک شی ء من تلک الأمور التی یصلح الاعتماد علیها و تشاحا فیمکن ان یجعل المناط ان کلما یتعلق بالمبیع فهو علی البائع و کلما یتعلق بالثمن فهو علی المشتری و أحسن من ذلک ان یجعل المدار علی المصلحه و المنفعه فإن کانت للبائع فمصارفه علیه و ان کانت للمشتری فعلیه و یعرف صاحب المصلحه بطلبها و ان کانت لهما فعلیهما و لعل منه ما شاع فی هذه العصور من ان اجره کتابه الأوراق و السجلات و الطوابع بل و تسجیل البیع فی (الطابو) کله علی المشتری لأنه لمصلحته و إتقان ملکیته و هذه الضابطه و ان لم تکن مطرده کلیه فلا إشکال فی أنها توافق الغالب و لا یشذ منها الا النادر.

الفصل الخامس فی بیان المواد المترتبه علی هلاک المبیع

اشاره

تکرر ذکر هـذا الحکم المسـتفاد من النبوی (کـل مبیع تلف قبـل قبضه فهو من مـال بـائعه) و قـد مرت الإشاره إلیه قریباً فی ماده (۲۷۷) و قـد ذکرنـا فی الجزء الأول معنی هـذه القضـیه و تطبیقها علی القواعـد و ان التلف یکشف عن انفساخ العقـد قهراً حتی یرجع المبیع قبـل التلف الی ملـک البـائع و یکون تلفه منه و مثله تلف الثمن و القاعـده الکلیه هنـا هکـذا- کـل مال تلف فی ید مالکه قبل العقد فهو علیه کما ان تلفه بید من ملکه بالعقد یکون علیه.

(ماده: ۲۹۵) إذا قبض المشتری المبیع برضا البائع ثم مات مفلساً قبل أداء الثمن لیس للبائع استرداد المبیع بل یکون مثل الغرماء

اتفقت الإمامیه أن المفلس الذی لا تفی أمواله بدیونه و حکم الحاکم بمنعه من التصـرف فی أمواله لیقسـمها علی الغرماء بالنسبه فتوزع أمواله بالحصـص الا الغریم الذی یجد عین ماله فإنه یأخذها عیناً و لا یضرب مع الغرماء و هذا و ان کان مخالفاً للقواعد و لکن النصوص و الفتـاوی متطابقه علیه و یکون لازم ذلک انفساخ العقـد کقضـیه التلف قبل القبض، اما إذا مات الرجل و کانت ترکته لا تفی بدیونه و وجد بعض الغرماء عین ماله فإنه لا حق له بأخذها بل یضرب مع الغرماء، نعم لو کانت أمواله تفی بدیونه

فله أخذ عين ماله إذا أراد، و منشأ الفرق هو النصوص الخاصه عندنا و عباره (المجله) مطلقه و الحق هو التفصيل كما ذكرناه.

الفصل السادس فيما يتعلق بسوم الشراء و سوم النظر

هـذه القضـيه ليست من مسائـل الـبيوع و لكنهـا من هوامش الـبيع و رتوشه و هى مسـأله مهمه و تعرف عنـدنا بمسـأله «المقبوض بـالسوم» و حاصـل مـا افادته (المجله) ان المقبوض بالسوم (اى ما قبضه إنسان من المالك لينظر فيه) فاما ان يشتريه بالثمن الـذى اتفقـا عليه أو برده فلو اتفق أنه انه تلف فى يـد القـابض فـإنه مضـمون عليه لاـ بالثمن الـذى اتفقا عليه لعـدم وقوع العقـد حسـب الفرض بـل بالمثـل ان كـان مثلياً و بالقيمه ان كان قيمياً، و لا فرق عنـدنا فى الضـمان بين ان يعينا قيمته أم لا فما ذكرته (المجله) بقولها (اما إذا أخـذه بـدون ان يبين و يسـمى له ثمناً كان ذلك المال امانه فى يد المشترى فلا يضـمن إذا هلك أوضاع بلا تعد مثلًا- لو قـال البـائع للمشترى ثمن هـذه الـدابه ألف قرش اذهب بهـا فـإن أعجبتـك اشترها فأخـذها ليشتريها فهلكت لزمه قيمتها للبـائع، امـا إذا لم يبين الثمن بـل قال خـذها فإن أعجبتك اشترها فأخـذها على انه إذا أعجبته يقاوله و يشتريها فبهـذه الصوره إذا هلكت بلاـ تعـد لاـ يضـمن) لاـ وجه له على التحقيق لوحـده ملاك الضـمان و هو قاعـده اليـد و من الوهم الزائف تخيل انها فى الصوره الثانيه

امانه فان البائع لم يقصد دفعها له بصفه الامانه و الوديعه، و قد سبق أول قواعد [المجله]- ان الأمور بمقاصدها- و القصارى ان كل إنسان قبض مال غيره ليشتريه سواء اتفقا على قيمته أم لا فهو مقبوض بالسوم و مضمون على القابض بقاعده اليد، فتدبره جيداً.

نعم لو برء القابض الذى يريد النظر للشراء من عهده الضمان و رضى المالك فلا ضمان لو تلف بغير تعد لان المالك قد أسقط حقه و لكنه مبنى على صحه إسقاط ما لم يجب كصحه ضمانه و هو محل بحث و نظر و ان كان الأصح عندنا صحته و مما ذكرنا يظهر البحث فى ماده (٢٩٩) ما يقبض على سوم النظر و هو ان يقبض مالا لينظر اليه أو يريه لآخر سواء بين ثمنه أم لا فيكون امانه فى يد القابض فلا يضمن إذا هلك بلا تعد فان المقبوض على سوم النظر ان قبضه لينظر فيه ليشتريه فهو من المقبوض بالسوم يضمنه مطلقا إذا تلف لانه قبض معاوضه اى مبنى على التعاوض و ان قبضه لا للشراء فلا ضمانه لأنه امانه و كذا قبض الدلال و السمسار لانه وكيل أو شبهه فلا ضمان مع عدم التعدى.

(الباب السادس) فی الخیارات

اشاره

أعلم ان أبواب الخیـار من أهم مبـاحث البیوع و هی المضـمار الـذی یتسابق فیه فرسان الفقاهه و مهره التحقیق، و کثیر من أعلام الإمامیه أفرد لها کتباً مستقله فی التألیف، ذاک لأن فیها المجال الواسع للدقه، و عمق النظر، و براعه الصناعه و التحقیق، حیث انها تبتنی علی مزیج من الأدله من عقل و نقل، و عرف و تقالید، یعنی. شـرع و اعتبار و عاده و علماء الشـرع رضوان اللّه علیهم منا و من الجمهور فی تعـداد أنواع الخیارات بین مقل و مکثر، بین من ذکر ثلاثه و بین من زادها علی عشـرین، و المتوسـطون بین من ذکر سـبعه کما فی (شـرائع) المحقق و بین من اقتصـر علی سـبعه کالشـهید الأول فی (اللمعه الدمشقیه) و «المجله» اقتصرت أیضاً علی سبعه، و حیث ان الأصل و القاعده فی البیع بل فی عامه العقود عدا ما خرج بالنص القاطع هو اللزوم و عدم جواز فسخ العقد بعد وقوعه صـحیحاً مسـتجمعاً بشـرائطه، و لکن إحاطه علم الشارع الحکیم و رعایه الشریعه لدقائق الحکمه اقتضت تشریع الخیار فی العقود اللازمه قلعاً لمواد الفتنه بین البشـر و قطعاً لأمراس الشـجار و الخصومات فیما بینهم فإن الإنسان قـد تـدعوه خاطره الی بیع مـاله فیجری العقـد علیه باختیـاره ثم ینـدم فیتطلب العلـل و التخریجـات من مضایقه العقـد فقـد یحـدث النزاع و الشـجار بین المتعاقدین فشرع الخیار لقطع ماده هذا الشجار، و افساحاً

لمجال التروى و التفكير فيما هو الصالح. و لكن تداركا لذلك و لكى لا تذهب مكانه العقد، و تسقط قيمته بالتلاعب، حسب الخواطر و الأهواء جعل الخيار مقيداً بقيود، و محدوداً بحدود، لئلا يقع الاشتمار و الفوضى و تنعكس الآيه، و تنقلب الحكمه.

و مما لاخفاء فيه ان تعدد أنواع الخيار، و اختلاف أسمائه، و تغاير نسبه و إضافاته، انما هو لاختلاف أسبابه، و البواعث التى قضت بجعله بعد ان كان هو خلاف الأصل و العمومات كما عرفت.

و الأسباب كثيره و لكن يجمعها على التحقيق ثلاثه أنواع فان موجب الخيار اما لأمر يعود الى أحد العوضين كنقص و نحوه، و ذلك كخيار العيب و الغبن و الرؤيه و التأخير و نحوها و اما لأمر يعود الى العقد من حيث حدوثه، و أصل وجوده، و هو اما ان يكون بجعل الشارع كخيار المجلس و خيار الحيوان، و اما ان يكون بجعل المتعاقدين أو أحدهما كخيار الشرط أو شرط الخيار. و بعباره أوجز ان الخيار اما ان يكون شرعياً أو طبيعياً أو وضعياً فالأول كخيار المجلس و الحيوان، و الثانى كخيار العيب و الغبن و نحوهما فإن طبيعه العقد تقتضيه و الثالث ما يكون بوضع المتعاقدين و جعلهما كخيار الشرط أو شرط الخيار، ثم الخيارات بجميع أنواعها اما ان يكون الخيار فيها لكل واحد منهما أو لواحد منهما أو لغيرهما منفرداً عنهما أو معهما أو مع أحدهما كما يجوز ان يكون الغير جماعه أو فرداً مجموعين أو متفرقين على نحو الاختيار أو الخيار أو الاستيمار، و لكل واحد من هذه الأنحاء احكام شخصيه و آثار ربما يأتى التنبيه عليها فى مواردها إن شاء اللّه

الخيار

الخيـار اسم مصـدر من الاختيـار، و أصـل الماده الخير و ان انـدک لحاظه فی أکثر مشـتقاتها و هو- لغه و عرفاً- معنی یرجع الی حریه الإراده و عدم الملزم بأحد طرفی الفعل و الترک و ان من له الخیار له الأخذ بخیر الأمرین من الفسخ و الإمضاء، و- شرعا- سلطنه علی فسـخ العقـد، و أثره رجوع کـل مـال الی صاحبه فی باب المعاوضات و ما یتاخمه فی غیرها- أو حق استرداد العین و أثره و انحلاـل العقـد و رجوع کـل مـال الی صـاحبه و تظهر الثمره بین الاعتبارین فی مواضع: منها صوره تلف العین فعلی الأول یبقی الخیار لانه حق فی العقـد و أثره حینئـذ یظهر بـدفع المثل أو القیمه و علی الثانی یزول لزوال موضوعه، و لـذا قد یعد التلف من مسقطات الخیار عند بعض کما یسقط حق الرجوع بالهبه عند الجمیع.

و «الخیار» حق مالی یصـح نقله و انتقاله کما یصـح إسـقاطه و المصالحه علیه کعامه الحقوق المالیه. و هـذا هو حکمه العام الذی یلحقه من حیث کونه خیـاراً، کما ان لکل واحـد من أنواعه أحکاما تخصه من حیث خصوصـیته مثل کونه خیار مجلس أو خیار حیوان أو غیر ذلک.

و حیث ان خیار المجلس مقدم طبعاً علی سائر الخیارات المجعوله شرعا فالأنسب تقدیمه وضعاً فنقول قد عرفت ان مستند

(خيار المجلس)

هو الحديث المستفيض عند عامه المسلمين (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) و هو و غيره من أحاديثنا الخاصه مستند القول بخيار المجلس عند فقهائنا إجماعا اما فقهاء المذاهب فقد انشطروا فى هذه القضيه شطرين فأنكرته الحنفيه و المالكيه و تأول الأولون الحديث تأويلا- الطرح خير منه كاجتهاد فى مقابل النص حيث قالوا على ما نقل عنهم: خيار المجلس لا يثبت الا بالشرط فإذا ثم العقد بينهما من غير شرط الخيار أصبح لازما سواء أقاما بالمجلس أو تفرقا و انما الذى للعاقد فى المجلس بدون شرط هو خيار القول فإذا قال البائع بعتك فله ان يرجع قبل ان يجيبه المشترى انتهى و يحملون الحديث تاره على ان له خيار المجلس بالشرط و اخرى على ان له الرجوع قبل الإيجاب. و هذا من الغرابه بمكان فان الحديث يقول البيعان بالخيار لا البائع فقط ثم ما معنى اقحام التفرق و تعليق الخيار عليه و «بالجمله» فصراحه الحديث و وضوح معناه كاف فى درهم.

أما «المالكيه» فقد اعترفوا بان الحديث صحيح بل و صريح و لكنهم قالوا ان عمل أهل المدينه على خلافه و عملهم مقدم على الحديث و ان كان صحيحاً و هذا شى ء لا نعرفه و لا ندرى كيف عمل أهل المدينه يطرح الحديث أو ينسخه و عهده ذلك عليهم، و قد زادوا على الحنفيه حيث أفسدوا العقد

مع شرط الخيار فی المجلس و الحنفيه أجازوه اما «الشافعيه و الحنابله» فقد عملوا بالحديث و اثبتوا لكل من المتبايعين بعد تماميه العقد خيارا فی المجلس الى ان يفترقا بالأبدان فإذا افترقا وجب البيع كما فی ذيل الحديث على ما فی بعض الروايات و أفرط الشوافع فی ثبوت هذا الخيار فقالوا لو اشترط عدمه بطل الشرط و العقد لانه من مقتضيات العقد و كل شرط ينافی مقتضی العقد باطل و مبطل و اعتدلت الحنابله كالإماميه و قالوا انه يسقط باشتراط سقوطه فلو قال بعتك بشرط ان لا خيار لأحدنا فی المجلس فقال قبلت صح العقد و الشرط و دعوی كونه منافيا لمقتضی العقد ممنوعه و انما هو مناف لإطلاقه كما سبق تحقيق ذلك فی الجزء الأول و هذا اعنی شرط عدمه أحد مسقطات خيار المجلس عندنا و عند الحنابله كما ان التفرق هو المسقط الثانی و التصرف هو المسقط الثالث عندنا و عند الشافعيه و الحنابله و التلف عند بعض هو الرابع ثم ان الشافعيه قصروا هذا الخيار على عقود المعاوضات بشرط ان يكون العقد مما يفسد بفساد أحد العوضين كالبيع و الإجاره لا النكاح الذی لا يفسد بفساد المهر و ان يكون على عين لازمه فيخرج الإجاره و ان لا يكون التملك قهريا فيخرج الشفعه فينحصر مورده بالبيع المطلق و السلم و الهبه المعوضه و الصلح فی بعض أنواعه.

أما عندنا فحيث ان خيار المجلس من المجعولات الشرعيه لا تقتضيه طبيعه العقد و لا اشترطه المتعاقدان فيتبع فی سعته و ضيقه الدليل و هو يقول «البيعان» فيختص بالبيع و لم يقل المتعاوضان و نحوها حتی يعم.

و كما يسقط هذا الخيار بشرط عدمه فی متن العقد كذلك يسقط

بإسقاطه بعد العقد قبل تفرقهما و لكن المسقط الأعظم لهذا الخيار- هو التفرق من المجلس اى مجلس العقد سواء كانا مجتمعين فيه أو متفرقين فى بناء أو صحراء متقاربين أو متباعدين فلو تبايعا واحدهما فى مصر و الآخر فى بغداد بالهاتف و نحوه كان لهما الخيار حتى يقوم أحدهما أو كل منهما من مكانه و كذا لو كان كل واحد منهما على مركوب من دابه أو سفينه أو سياره و جرى العقد بينهما فالخيار ثابت لهما حتى يصدق عرفا افتراقهما و لكن العبره بالتفرق الاختيارى لا القهرى فلو فرق بينهما ظالم قهرا فان منعهما أيضاً من التخاير لم يسقط خيارهما الى ان يزول القهر عنهما فاما ان يفسخا العقد حينئذ أو يمضياه و ان لم يمنعهما و تفرقا بدون فسخ لزم العقد و سقط الخيار و لو أخذ أحدهما قهراً مع منعه و بقى الآخر فى مجلس العقد فهل يبقى خيار كل منهما أو يزول خيارهما معا أو يبقى خيار المقهور دون الآخر وجوه أو أقوال أقربها الأول و لو كان الموجب و القابل واحداً فالمدار لو قلنا بثبوت الخيار و عدم انصراف الدليل عن مثله على قيامه من مجلس العقد، اما لو عقد و هو باق فى مكانه فله ان يفسخ ان كان ذا سلطه على العقد و الفسخ هذه نبذه يسيره من خيار المجلس و احكامه و اختلاف الفقهاء فيه و لعلماء الإماميه فيه أبحاث طويله و تحقيقات جليله، لا مجال لسردها فى هذا المختصر

(الخيار الثانی) خيار الحيوان

و يظهر ان هذا الخيار من مختصات الإماميه لم أجد له ذكرا عند فقهاء المذاهب، و هو أيضا من المجعولات الشرعيه و أحاديث ائمهٔ أهل البيت (ع) به مستفيضه مثل روايه علی بن أسباط عن الرضا (ع) الخيار فی الحيوان ثلاثه أيام للمشتری و صحيحه ابن يسار قلت له ما الشرط فی الحيوان قال ثلاثه أيام للمشتری قلت و ما الشرط فی غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا، و من هنا ذهب الأكثر إلی اختصاص هذا الخيار بالمشتری و تكاد تكون نصاً فيه صحيحه ابن رئاب عن رجل اشتری جاريه لمن الخيار للمشتری أو للبائع أولهما كليهما قال الخيار لمن أشتری نظره ثلاثه أيام فإذا مضت ثلاثه أيام فقد وجب الشراء و لكن ذهب جماعه من الاعلام إلی ثبوته للبائع و للمشتری لصحيحه محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فی الحيوان و فيما سوی ذلك من بيع حتی يفترقا و لعل المراد أن المنتقل اليه الحيوان بايعا كان أو مشتريا ثمنا أو مثمنا يكون له خيار و بهذا يحصل الجمع بين الاخبار كما فی صحيحه أخری لابن مسلم المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام فإن التعبير بصاحب الحيوان مشعر بعدم الاختصاص بمشتری الحيوان بل يعم بايع ماله بالحيوان و تكون تلك الاخبار خصت المشتری بالذكر لان

الغـالب ان الحيوان مما يشترى لا مما يشترى به و على كل فأصاله اللزوم فى العقود تقضـى بعـدم ثبوت هـذا الخيار لبائع الحيوان بغيره و الاخبار غير واضـحه فيه ان لم تكن واضـحه بخلافه و حكمه هذا الجعل و التشـريع لا تقتضيه فإن الحكمه فى هذا الحكم ان خيـار المجلس لمـا كـان عـاده لاـ يكفى للاطلاـع على خفايـا مزايا الحيوان و خصوصـيات صـفاته فإن مشترى الفرس مثلا لا يمكنه الاطلاع عاده على كونها حرونه أو ذلولا و صـعبه القياد أو سـهله إلى كثير من أمثال هـذا الا باختبارها فى ركوبها و الغاره عليهـا و لاـ يعرف مقـدار أكلهـا و صبرهـا عن المـاء الاـ بيومين أو ثلاث على الأقل فلـذلك جعل الشارع فى الحيوانات أعم من الإنسان كالعبد و الجاريه أو غيره من أنواع الحيوان خيارا زائداً على خيار المجلس افساحا فى المجال لكشف الحال و تفصياً عما يوجب النـدم و تـداركا لمـا يخشـى من التورط و هـذا كله إنما يأتى فى من انتقل اليه الحيوان لا من انتقل عنه و لا يـذهب بك الوهم الى ان خيار العيب يغنى عن هذا الخيار فإن القضـيه هنا ليست قضـيه عيوب أو نقص فى الخلقه بل قضـيه أوصاف تختلف بهـا الرغبـات حسب اختلاـف المشارب و الأذواق فرب شـخص يرغب فى الجاريه السـريعه الانتباه مثلا و رب أخر يكره ذلك و هكـذا و النظائر كثيره و قـد اختلفوا فى ان مبدأ هذا الخيار من حين العقد أو من حين التفرق و على الأول فلو مضت ثلاثه أيام و لم يفترقا زال خيار الحيوان و بقى خيار المجلس و على الثانى لو افترقا بعد ثلاثه أيام كان له ثلاثه أخرى

و علی الأول یکون قد انتهی الخیار ان و ظاهر الأدله قد یلوح منها الأول و الاعتبار أدل علی الثانی. و یسقط هذا بشرط سقوطه فی متن العقد و بإسقاطه بعد العقد و بالتصرف الدال علی الرضا بالعقد و إمضائه لا مطلق التصرف، و الفروع هنا أیضاً کثیره و المباحث واسعه و فیما ذکرنا مع اختصاره کفایه.

الخیار الثالث خیار الشرط

اشاره

و هذا الخیار مما اتفق علیه الفریقان و الأدله علیه عموما و خصوصاً مستفیضه و یکفی من العمومات النبویان (الشرط جائز بین المسلمین) و (المؤمنون عند شروطهم) و أمثالها، و کان حق التعبیر ان یعبروا عنه بشرط الخیار لا خیار الشرط لان المراد به هنا ان یشترط الخیار فی ضمن عقد البیع أو غیره بان یقول: بعتک بشرط ان یکون لی خیار الفسخ إلی ثلاثه أیام أو شهر مثلا، فهو عباره عن اشتراط الخیار، اما خیار الشرط فهو عباره عن ان یشترط أحد المتعاقدین علی الآخر شرطاً فلا یفی به فیکون له خیار تخلف الشرط فلو قال: بعتک بشرط ان تأتینی یوم الجمعه فقبل و لم یأته یوم الجمعه فإن للبائع الخیار ان یمضی العقد أو یفسخه فحق هذا ان یسمی خیار الشرط ای خیار تخلف الشرط و ما نحن فیه (شرط الخیار) و یعبر بعض فقهائنا عن ذلک بخیار الاشتراط، و مهما کان فالأمر فی التسمیه سهل. و المهم هنا (أولًا) ان

تتـذكر مـا مرت الإشـاره إليه سابقـاً من ان الخيـار فى العقـد ليس معنـاه توقف العقـد فى تأثيره الملكيه و النقل على انقضاء زمن الخيار كما قـد ينسب الى بعض أعاظم علمائنا وفقا لبعض علماء الجمهور بل المتفق عليه عنـدنا ان العقـد الصـحيح إذا وقع انتقل المبيع إلى المشترى و الثمن إلى البائع غايته ان صاحب الخيار له ان يفسـخ هـذا العقد و يحله فتعود ملكيه كل مال الى صاحبه و عليه يترتب النماء و المنافع فى المـده بين العقد و الفسخ فان نماء المبيع تلك المده إلى المشترى و نماء الثمن فيها للبائع، نعم لو اشترط كل منهما خلاف ذلك و ان تكون منافع كل مال لصاحبه الأول فيكون كما لو باعه- مسـلوب المنفعه تلك المده أمكن الجزم بالصحه و سيأتى فى ماده (۳۰۸) ما ينافى ما ذكرناه من كون العقد التام هو المؤثر و (ثانياً) ان مده الخيار يجوز ان تتصـل بالعقد فيشترط الخيار له من حين العقد إلى سـنه، و يجوز ان تنفصل فيشترطه فى شـهر بعد سـنه من العقد و لا مانع من صـيروره العقد جائزا بعد لزومه فان الشروط تعمل أكثر من هذا، و «ثالثاً» يجوز ان يشترطا الخيار لواحد منهما أو لكليهما أو لأجنبى معهما أو مع أحـدهما على نحو الاسـتقلال أو الاـشتراك أو المؤامره أى يكون الشـرط ان له الأمر بأن يفسـخا أو يمضـيا لا ان يكون له ذلك بنفسه و الى بعض هذا أشارت (المجله) فى ماده (۳۰۰) يجوز ان يشترط الخيار بفسخ البيع أو إجازته مده معلومه لكل من البـائع و المشترى أو لأحـدهما دون الآـخر، و أهم ما فى هـذه الماده هو لزوم كون مـده الخيار معلومه بعـدد الأيام أو الأشـهر أو السنين فلو لم يعين بطل الخيار

بـل ربمـا يقـال ببطلاـن العقـد أيضـاً كـل ذلـک للغرر و بیع الغرر باطل قطعاً و ما یقال من ان الغرر موضوع عرفی و تری العرف بالوجـدان یؤجلون دیونهم و کثیراً من معاملاـتهم الی الحصاد و موسم التمر أو الرز أو غیرهما و لا یعـدونه غرراً و تقـدم العقلاء علی مثله فی الکثیر من المقامات مدفوع بان المعلوم من مجموع الأدله الشرعیه ان الشارع لا یصحح المعاملات التی یدخلها مثل هـذه الجهاله و یتطلب المعلومیه الحاسـمه لکل مواد احتمال التشاح الخصومه و ان أقدم علیها العرف تسامحاً منهم ثم یقعون فی الخصومه و الندامه و بعد ذلک و قد نراهم یتشاحون فی الیوم أو الیومین فضـلا عن الشـهر و الشهرین فی انقضاء الخیار و بقائه و بقـاء أجل الـدین و انتهائه فهم یتورطون فی البـدء تسامحاً و یتشاحون فی النهایه شـحاً و حرصا و الشارع الحکیم لا یرضـی بمثل ذلـک و أحکامه مبتنیه علی الحکمه التامه، و المصـلحه العامه، و اقـدام العقلاء لا یخرجه عن کونه غرراً فإنهم قـد یقـدمون علی الغرر استرسالاـ و تختلـف مراتب العقـول و لـذا العاقـل الرصـین لاـ یقـدم علی مثـل ذلـک و کم للعقلاـء العـادیین من هفوات و خطیئات هی مثار الفتن و الخصومات و لعل هـذا مراد جدنا (کاشف الغطاء) طاب ثراه حیث یقول «دائره الغرر فی الشـرع أضـیق منهـا فی العرف» و الظـاهر ان مراده أنهـا أضـیق حکمـا و الا فالشارع لا یجوز ای غرر کان و العرف ما أکثر ما یرتکبون مواضـع الغرر، نعم قـد یتسامـح الشـارع فی بعض المواضع التی یتسامـح العرف بهـا أیضـاً مثل اختلاف المکاییل و الموازین و الحبتین و الثلاث و أمثال ذلک مما لا یکون غالباً مثاراً للخصومه و التشاح

و لا- يعتنى بنقصه و زيـادته الضـئيله عامه الناس فليس المـدار على مطلق الجهاله بل الجهاله التى يتطرق منها احتمال الخصومه و الجدال و الا فإن مده خيار المجلس مجهوله و لم تقدح جهالتها لأنها ليست مظنه للتخاصم و يؤيد ما ذكرنا من مداقه الشارع فى موارد الجهاله و تشديده فى اعتبار المعلوميه خبر غياث «لا بأس بالسـلم فى كيل معلوم إلى أجل معلوم لا يسلم الى دياس أو الى حصاد» .. مع ان السـلم الى الحصاد و الـدياس هو المتعارف عنـد عامه الناس لا سـيما الجاهلين بأحكام الشـرع، و من هنا يتضـح لك عدم الفرق فى الحكم بالبطلان بين عدم ذكر مده أصـلا أو ذكر مده غير معينه فيقول: بعتك و اشترطت الخيار لى أو بذكر مـده و لا- يعينهـا أصـلا فيقول اشترطت الخيـار لى فى مـده أو يعينها بصـفه مجهوله كمجى ء الحاج و الحصاد و نحوها، و ذهب جمع من علمائنا إلى صحه الصورتين الأوليين و جعل مـده الخيار فيها ثلاثه أيام و ادعوا ورود الاخبار بذلك و لم يعثر الباحثون فى كتب الحـديث و المتخصـصون بعلم الـدرايه و الروايه على خـبر واحـد فضـلا عن الاخبـار و لعـل أولئـك حملوه على خيـار الحيوان المقدر فى الأدله بثلاثه أيام و هو قياس لا يعملون به سيما مع وضوح الفرق بين المقامين نعم ورد من غير طرقنا ان حنان بن منقذ كان يخدع فى البيع لشـجه اصابته فى رأسه فقال له النبى صـلى اللّه عليه و آله و سلّم «إذا بعت أو ابتعت فقل لا خلابه و جعل له الخيار ثلاثه أيام» و هو كما ترى ضعيف سنده و أضعف من ذلك دلالته فالأصح البطلان فى الجميع.

اما الماده التى بعدها ماده (۲۰۱) كل من شرط له الخيار فى البيع

یصیر مخیراً بفسخ البیع أو إجازته فی المده المعینه للخیار. فکأنها بیان لصحه جعل الخیار لغیرهما و کان یکفی عنها ان بضم إلی الماده المتقدمه لفظه «أو لأجنبی» و نحوها و لا حاجه الی عقد ماده مستقله لها. و الخیار المجعول بالشرط للأجنبی تابع لجعلهما فی الکم و الکیف و سائر الجهات علی نحو الأصاله فی نفسه أو الوکاله عنهما أو إصدار الأمر علیهما أو علی أحدهما مع اعلامهما أو إعلام أحدهما بل حتی مع عدم علم کل واحد منهما بحضورهما أو حضور أحدهما أو حضور شخص آخر أو أشخاص أو عدم حضور أحد، و کما یحصل الفسخ بالقول کما فی ماده «۳۰۲» یحصل بالفعل أیضاً کما لو باع البائع المبیع أولا لشخص آخر مع قصد الفسخ و الا کان لغواً کما فی ماده «۳۰۳ و ۳۰۴» و لا نمنع الزیاده المتصله من الفسخ طبیعیه کانت کالسمن و طول القامه و قوه البدن أو غیر طبیعیه کالصبغ و غرس الأشجار و نحوها.

نعم لو فسخ البائع مثلا کان للمشتری قلعها أو أخذ ثمنها من الفاسخ اما المنفصله فقد عرفت ان نماء المبیع قبل الفسخ للمشتری و نماء الثمن للبائع و إذا أجاز فی البعض و فسخ فی الآخر کان له خیار تبعض الصفقه.

«ماده: ۳۰۵» إذا مضت مده الخیار و لم یفسخ أو لم یجز من له الخیار لزم البیع و تم،

سواء کان عالماً بانقضاء المده أو جاهلا أو غافلا و سواء ترکه لعذر أو لغیر عذر حتی لو جن أو أغمی علیه و أفاق بعد المده لم یکن له الفسخ لانه حق مقید یزول بزوال موضوعه.

«ماده: ۳۰۶» خیار الشرط لا یورث فإذا کان الخیار للبائع و مات فی مدته ملک المشتری المبیع و إذا کان للمشتری فمات ملکته ورثته بلا خیار.

الظاهر ان هذا قول الحنفیه أما عندنا فجمیع الخیارات تورث لأنها حق مالی فیشمله النص القائل «ما ترک المیت من حق فهو لوارثه) و الی هذا ذهبت الشافعیه و المالکیه أما غیرهم فقد فصلوا فجعلوا الإرث لبعض الخیارات دون بعض و لم نجد لهذا التفصیل من دلیل غیر علیل.

«ماده: ۳۰۷» إذا شرط الخیار للبائع و المشتری معاً فأیهما فسخ فی أثناء المده انفسخ البیع و أیهما أجاز سقط خیار المجیز فقط و بقی الخیار للآخر الی انتهاء المده.

أوضح و أوجز من هذا ان یقال: إذا کان الخیار لکل من البائع و المشتری فاجازه أحدهما لا تسقط حق الآخر بل له الفسخ الی انتهاء المده.

«ماده: ۳۰۸» إذا شرط الخیار للبائع فقط لا یخرج المبیع عن ملکه بل یبقی معدوداً من جمله أمواله

فإذا تلف المبیع فی ید المشتری بعد قبضه فلا یلزمه الثمن المسمی بل یلزم أداء قیمته للبائع یوم قبضه.

هذا إلغاء للسبب التام عن تأثیره من دون سبب و لا مانع، و قد عرفت ان الخیار لا یمنع العقد التام عن تأثیره، غایته انه یحدث الملکیه المتزلزله لا انه لا تأثیر له أصلا.

نعم هنا قاعده أخری تقدم ذکرها فی أوائل (الجزء الأول) و هی

ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، فلو كان الخيار للبائع فقط و تلف المبيع فى يـد المشترى فان تلفه يكون على المشترى، و قد ثبت هذا الحكم على خلاف القواعد بالنص الخاص و لا محيص من حمله على ان التلف يكشف عن تحقق الفسخ القهرى قبله فيرجع ملكيه المبيع إلى البائع و يكون مضـموناً على المشترى بمثله أو قيمته و يأخـذ ثمنه الذى دفعه و هذا تكلف و تعسـف ألجأنـا توجيه الـدليل اليه، و لعل أرباب (المجله) تبعاً للحنفيه و غيرهم لما وجـدوا ان ضـمان الشـى ء للغير لا يجتمع مع ملكيته و كيف يمكن كون العين ملكـاً لإنسان و هو يضـمن مثلها أو قيمتها لغيره لـذلك التزموا فى قضـيه التلف فى زمن الخيار ان المبيع مثلا لم ينتقل عن البائع إذا كان له خيار بل هو معـدود فى أمواله و لهـذا يضـمنه المشترى لو تلف فى يده و يدفع للبائع المثل أو القيمه، و لكنهم بهذا التدبير فروا من سـّيئ الى أسوء و هو التزام كون العقد غير مؤثر مع انه عقد جامع للشـرائط، فاقد للموانع بل و أسوء من هـذا أيضاً هو ان العقد الواحد حينئذ يؤثر من ناحيه و لا يؤثر من أخرى، فإن الثمن يخرج من ملك المشترى الذى لا خيار له و يـدخل فى ملك البائع و لكن المبيع لم يخرج من ملك البائع فوقعوا فى ثلاث مخالفات، عدم تأثير العقد الصـحيح، و تأثيره من جهه دون اخرى، و اجتماع العوض و المعوض فى ملك شخص واحد و هو البائع، فإنه ملك الثمن و المثمن أيضاً باق فى ملكه أو بقاء المال بلا مالك ان قلنا بخروج الثمن من ملك المشترى الـذى لا خيار له و عدم دخوله فى ملك البائع كما قال به بعض فقهائهم خلافا لصريح (المجله)

و على كل حال فلا دخل لهذا بقضيه بقاء المبيع على ملك البائع الذى له الخيار بعد صدور العقد الصحيح منه الذى هو حسب الفرض سبب تام للنقل و الانتقال كما مر توضيحه قريباً فليتدبر.

اما فقهاؤنا فقد عالجوا القضيه بما أوردناه لك من الالتزام بالانفساخ القهرى فى توجيه الدليل قالوا «ان العقد يفيد الملكيه للبائع ذى الخيار بالنسبه إلى الثمن و للمشترى الذى لا خيار له بالنسبه إلى المثمن على حد سواء و لكن لو تلف المال فى يد من لا خيار له- أى المشترى- مثلا سقط خيار البائع و كشف التلف بحكم قاعده (التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) عن الانفساخ القهرى و رجوع المبيع الى ملك البائع قبل التلف آناً ما فيكون تلفه بيد المشترى مضمونا عليه و يدفع للبائع المثل و القيمه و يسترد ثمنه المسمى بحكم الفسخ المفروض و هكذا الكلام فى عكسها و كون الخيار مختصاً بالمشترى و تلف الثمن فى يد البائع و هذا كما قلنا لا يخلو من تعسف و لكن لا محيص منه و هو أهون بكثير مما التزم به أرباب (المجله) تبعاً لفقهائهم و من هذا البيان كله اتضح الكلام فى ماده (۳۰۹) إذا شرط الخيار للمشترى فقط خرج المبيع من ملك البائع و صار ملكاً للمشترى فإذا هلك المبيع فى يد المشترى بعد قبضه أو هلك فى يد البائع بعد ان قبضه منه المشترى و أودعه عنده يلزمه أداء ثمنه المسمى للبائع فإن المبيع لما استقرت عليه ملكيه المشترى لعدم خيار للبائع كان تلفه عليه و يدفع للبائع الثمن المسمى، جريا على مقتضى العقد، هذا على طريقه القوم و لكن مقتضى قاعده (ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) كون

التلف هنا على البائع الذى لا خيار له و يسترد المشترى منه الثمن المسمى كل هذا فى التلف السماوى، اما إذا كان بإتلاف فالمتلف ان كان هو البائع و هو صاحب الخيار فهو فى الحقيقه تصرف عملى، و فسخ فعلى فيجب عليه ان يرد الثمن المسمى إلى المشترى، و ان كان الخيار للمشترى فخياره باق ان شاء فسخ و استرد المسمى من البائع و ان شاء أمضى و أخذ المثل و القيمه منه، و ان كان المتلف هو المشترى و الخيار له فقد أسقط خياره بإتلاف العين و لزم العقد و استقر ملك البائع للمسمى و ان كان الخيار للبائع فهو أيضاً على خياره فان فسخ رد المسمى و أخذ المثل أو القيمه و ان أمضى استقر له ملك المسمى و ان كان المتلف أجنبيا بقى الخيار لصاحبه فان كان هو البائع و أجاز ملك المسمى و رجع المشترى بقيمه المبيع على الأجنبى و لو فسخ رد المسمى إلى المشترى و رجع بالقيمه و هل يرجع بها على الأجنبى أو على المشترى أو يتخير وجوه يظهر مداركها بالتأمل كما يظهر الحال لو كان صاحب الخيار هو المشترى فسخ أو أجاز.

بقى فى المقام أمور يجدر التنبيه عليها.

الأول-: ان القدر المتيقن من مورد قاعده (التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) هو الخيارات الزمانيه

أعنى مالها زمان تمتد فيه مثل خيار المجلس و الشرط و الحيوان أما غير الزمانيات كخيار العيب و الغبن و الرؤيه و أمثالها فيشكل جريان القاعده فيها سيما على القول بفوريه تلك الخيارات إذ ليس هناك زمان حتى يتصور وقوع التلف فيه و كلمات

أصحابنا فی المقام مختلفه بین من یظهر منه التعمیم و بین مصرح بالتخصیص و بین متوقف، و بالرجوع الی الاخبار التی تحصلت منها القاعده یترجح منه عدم التعمیم

الثانی-: ان مورد القاعده أیضاً هو البیع الشخصی فإنه هو الذی یتضح فیه حصول التلف و عدمه،

اما الکلی فلا معنی لتلفه و اما المصداق الذی یتحقق به قبض الکلی فهو و ان کان قابلا للتلف و لکن لیس هو المبیع بل سقوط الکلی به من باب المعامله الضمنیه الارتکازیه فی قیامه مقام المبیع و لیس فی هذه المعامله خیار.

و (بالجمله) فما تعلق الخیار به لا- یلحقه التلف و ما یلحقه التلف لا خیار فیه، اللهم الا ان یقال ان المصداق فی نظر العرف هو عین الکلی المبیع فمتعلق الخیار و التلف بنظر العرف شی ء واحد و ان کانا بدقه الفلسفه شیئین فلیتأمل.

و فی مطولات کتب الأصحاب فی هذه الأبواب بحوث سحیقه و تحقیقات دقیقه یضیق عن جرعتها لهوات هذه المختصرات.

الثالث-: فی التنازع

إذا ادعی أحدهما انه شرط خیاراً أو ان مدته زائده أو ان صاحب الخیار امضی العقد و أنکر الآخر فالقول فی جمیع ذلک قول المنکر و إذا اتفقا علی الخیار و مقدار المده و اختلفا فی انقضائها لجهل تاریخ مبدئها یقدم قول مدعی بقائها للاستصحاب و إذا تنازعا فی الفسخ و الإجازه فإن کان فی المده قدم قول ذی الخیار لقاعده (من ملک شیئاً إلخ ..) و ان کان بعدها قدم قول المنکر.

(استدراک و تکمله)

خیار الشرط کما عرفت هو أن یشترط البائع أو المشتری خیارا لهما أو لأحدهما أو لثالث و هو اما ان یکون مطلقا و هو الذی تقدم الکلام فیه و اما ان یکون مقیدا بحال بان یقول اشترط ان یکون لی الخیار بعد شهر ان جاء ولدی من السفر فی هذا الشهر فان جاء کان له الخیار و الا فلا، و من هذا النوع البیع المضاف الی خیاره المسمی عند الإمامیه (ببیع الخیار) و عند فقهاء المذاهب (بیع الوفاء) و قد عقدت له (المجله) فصلا مستقلا سیأتی، و قد سبق انه بیع صحیح عندنا یترتب علیه آثار البیع سوی أنه عقد خیاری جائز،، و اعتبار رد الثمن فی هذا الخیار یتصور علی أنحاء (۱) أن یکون الخیار تعلیقاً أو توقیتاً منوط برد الثمن فلا خیار له قبل الرد و له الخیار بعده أی له حق الفسخ فلا ینفسخ ان لم یفسخ و یکون الثمن قبله عند البائع کأمانه الی أن یفسخ فیملکه و المراد بالرد إیصاله إلی البائع أو وکیله أو ولیه أو وصیه أو حاکم الشرع إذا امتنع (۲) ان یکون له الخیار فی کل جزء من المده المعینه مقارنا للرد و الفرق بینه و بین الذی قبله ان الخیار هناک بعد الرد فلا خیار قبله و هنا فی کل زمان و لکن مع الرد (۳) أن یکون الرد فسخا منه فعلیا أو انفساخا قهریا بحیث متی ردا نفسخ اما لأنه إنشاء فسخ أو لأنه ینفسخ قهرا نظیر شرط المسبب و النتیجه (۴) أن یکون الرد شرطا لوجوب فسخ البائع فمتی رد المشتری وجب

على البائع أن يفسخ و يرجع الى الإقاله فان لم يفعل تسلط المشترى على الفسخ و حاصل الفرق بين هذا البيع الخيارى و شرط الخيار المعروف أى المطلق هو أن المشترى فى شرط الخيار يفسخ فيسترد الثمن و هنا يرد الثمن فيفسخ فالرد هنا سبب الفسخ و الفسخ هناك سبب للرد فتدبره، و في هذه الرشفه من خضم مسائل هذا البحث كفايه عن الخوض فى لججها الزاخره اما تصويره و حقيقته عند القوم فسيأتى إن شاء اللّه.

(الفصل الثانى) خيار الوصف

(ماده: ۳۱۰) إذا باع مالًا بوصف مرغوب فظهر خاليا عن ذلك الوصف كان المشترى مخيراً ان شاء فسخ و ان شاء أخذه بجميع الثمن المسمى،

و يسمى هذا الخيار خيار الوصف، مثلا لو باع بقره على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشترى مخيراً، و كذا لو باع فصاً ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر تخير المشترى.

ليس لهذا الخيار ذكر فى كتب فقهاء الإماميه المتداوله و ليس هو إلا شعبه من خيار الاشتراط التى مرت الإشاره إليه فإن الوصف المذكور فى العقد ان ذكر نحو الشرط كان لازما و تخلفه يوجب الخيار و ان ذكر لا على نحو الشرطيه بل على نحو التعريف أو الترغيب لم يكن تخلفه موجباً لشى ء من خيار أو غيره و كان من قبيل الدواعى التى لا اثر

لحصولها أو عـدمه أصـلا مثلا لو اشترى أرضا بـداعى جعلها بستاناً يتخيل أنها صالحه لـذلك فتبين انها لا تصـلح إلا للزراعه لم يكن له حق الفسخ بخلاف ما لو شرط ذلك فى متن العقد و قال اشتريتها بشرط صلاحيتها للبستان فان له خيار تخلف الشرط لو ظهر عـدم صـلاحيتها لذلك و دليله أدله الشـروط مثل (المؤمنون عند شـروطهم) و غيره مما يدل على وجوب الوفاء بكل شـرط مقـدور لا يخلف كتـاب اللّه و لا ينـافى مقتضـى العقـد و نظراً لكون المقام يتأسـس على دعائم الأوصاف و الشـروط و فى من مبـاحث المعاملات المهمه و لم أجـد حسب ما وقفت عليه من كتب الفريقين من أعطاها حقها من البحث و التحقيق و وصل الى محـدد الجهـات من تخومهـا الشاسـعه و دل على عروه اتصالهـا بالعقود و مكانتها منها و كيفيه ارتباطها بها و الفرق بين الاولى و الثانيه فنقول و اللّه المستعان بلطفه.

ان الأوصـاف هى عبـاره عن الأعراض القائمه بموضوعاتها الخارجيه التى يعبر عنها الحكماء بما يكون وجودها فى أنفسـها عين وجودهـا فى موضوعاتهـا المسـتقله فى أنفسـها و ذلـك كالكميـات و الكيفيـات من عوارض الأجسام و كالملكات و السـجايا و الأحوال من عوارض النفوس و المدارک أما الشروط التى تستعمل فى هذه المسارب و تقرن بالعقود و الأوصاف فيراد منها تاره المعنى الأعم من الأوصـاف و الأحوال و المبادى و الافعال و الغايات و أحوال الغايات و النتائـج، و أخرى المعنى الأخص أعنى خصوص الاعمال، و قد مرت الإشاره فى أوائل (الجزء الأول) الى ان هذه الأوصاف هى الدواعى و البواعث إلى الرغبه فى اقتناء موصوفاتها

و هى و ان كـانت لا تقابل بالاعواض و لكن باعتبارها تختلف الاعواض زياده و نقصاً بل بالنظر إليها تبـذل الأعواض فى الأعيان فالدار انما تشتريها باعتبار صلاحيتها للسكنى و الدابه للركوب أو النسل أو المنافع الأخرى من الصوف أو اللبن و لو تجردت عن كل ذلك لم تبـذل بإزائها أى ثمن و لا تنبعث بك الرغبه إلى أخـذها و لا مجانا و هكذا جميع الموجودات انما تنبعث الرغبات إليها بالنظر الى صفاتها و حالاتها لا بالنظر الى ذاتها و هذه الأوصاف التى هى ملاك الماليه و منشأ حصول الرغبات فى الجده و الملك قـد تذكر فى العقد على العين التى انبعثت الرغبه إليها باعتبار تلك الأوصاف و قد لا تذكر فان لم تذكر فى العقد كانت دواعى صـرفه و أغراضـاً مجرده لا ـ أثر لتخلفهـا و عـدمه لا ـ فى خيـار العقود و لا غيره (و إنما يحرم الكلام و يحلل الكلام) و ان ذكرت فى متن العقـد على نحو الشـرطيه أو على نحو التقييـد فقـد صـارت جزء من المعـاوضه الخاصه بمعنى ان الالتزام الخاص الوجـدانى الـذى أنشأه العاقد قد تعلق بالمعاوضه بين المالين الخارجين و هما الدرهم و هذا الثوب المخيط أو العبد الكاتب مثلا و ليست الكتابه و الخياطه هنا قد التزم بها بالتزام لنفسـها بل بنفس الالتزام المتعلق بالمعاوضه الذى حصل بنفس العقد فلزوم مثل هذا الوصف أو الشـرط لا يحتاج الى التمسک بعموم (المؤمنون عند شروطهم) بل يكفى فيه عمومات أدله البيع و وجوب الوفاء بالعقود و ليس مفاد العقـد فيما نحن فيه الا تمليك المبيع المعين بالعوض المعين اى التزام البائع للمشترى بتمليك العبـد و كونه كاتبا أو كون الثوب مخيطاً فإذا انكشف

عـدم تحقق الوصف لم تبطـل المعـاوضه من رأس لأنهـا بين المالين المشخصـين و هما حاصـلان موجودان و انما يبطل اللزوم و وجوب الوفـاء بالعقـد لأنه إنما وقع على تلك الكيفيه الخاصه أعنى مبادله المالين و كون أحـدهما بتلك الصـفه الخاصه لا على نحو التقييد الوحدانى و لا على نحو الالتزام الاستقلالى حتى يبطل على الأول بقاعده (المقيد عدم عند عدم قيده) بلحاظ البساطه و يكون التزامـا ثانيا على الثانى بل على نحو الالتزام أو وحـده الالتزام و تعلقه بأمرين كوحـده الـدال و تعـدد المـدلول، و وحـده الإشـاره و تعـدد المشـار اليه و مع تخلف أحـدهما لا تبطل الـدلاله على الآخر. نعم حيث ان وجوب الوفاء ورد على ذلك العقد الخاص و بعد زوال الخصوصـيه لا يبقى وجوب الوفاء و لكن المعاوضه التى حصلت فى ضمن ذلك العقد لا داعى لبطلانها بعد تحقق أركانهـا، فتبقى جائزه و أمرها إلى المتعاقـدين أو الى من له الشـرط فسـخاً و إمضاء. و رفعاً و إبقاء، و معنى رضا المشترى بغير الكاتب أو غير المخيط إسقاط حقه من الوصف الذى التزم له البائع به و قضيه الشروط و الأوصاف فى الاعراض تشبه قضيه تبعض الصـفقه فى الأعيـان فيكون كـالتزام جديـد بينهما يجب الوفاء به و لـذا ليس له الفسـخ بعـد الرضاء و إمضاء العقـد، و أما الإشـكال بأنه لا معنى لتعلق الالتزام بالوصف فى العين الشخصـيه لأنه اما حاصل فلا معنى لتحصـيل الحاصل أو معدوم فيسـتحيل الالتزام بوجوده حين العقـد، فمـدفوع بان الالتزام هنا ليس بمعنى فعله و تحصـيله بل بمعنى كونه فى العهده يعنى ان البائع يجعل على عهدته كون الوصف حاصلا فى الخارج متحققاً فى الموصوف و أثر

هذا الالتزام يظهر فيما إذا انكشف عدم تحققه بتسلط المشترى على الفسخ و يستحق استرجاع ثمنه و لا حق له بمطالبه الأرش لما عرفت مكرراً من ان الأوصاف لا تقابل بالاعواض و ان زادت بها قيمه العين بل هى قوام القيمه، أما العيوب و أخذ الأرش لها فذاك أمر آخر سيأتى تحقيق الكلام فيه إن شاء اللّه.

هذا كله فى الأوصاف بمعنى الإعراض، اما الافعال و الغايات و هى الشروط بالمعنى الأخص كما لو باعه العبد و اشترط عليه ان يعتقه أو شرط عليه انعتاقه أو باعه الدار و اشترط عليه ان يملكه الكتاب أو يكون الكتاب ملكاً له فحقيقتها انها التزامان فى عقد واحد و بعباره أجلى ان الألفاظ حينئذ قد دلت على التزام عقدى و التزام شرطى فالشرط فى ضمن العقد مثل قوله بعتك الدار و اشترطت لك ان أهبك الكتاب عباره عن التزامين مختلفى الأسلوب و الصوره متحدى الجوهر و الحقيقه بخلاف الوصف فإنه التزام واحد بأمرين و لما كان الشرط التزاماً خارجا عن العقد لم يكف فى لزومه ما دل على وجوب الوفاء بالعقد بل كانت قاعدته التى يعتمد عليها أدله الشروط مثل (المؤمنون عند شروطهم) و بناء العقلاء و أمثالها، و هو و ان كان خارجاً عن الالتزام العقدى الا أنه مرتبط به أشد الارتباط و أثر هذا الربط ان العقد اللازم بدون حصول الشرط يعود جائزا،،، و سر ذلك ان لزوم العقد وقع منوط بحصول الشرط و مع عدم حصوله ينتفى لزومه و وصفه لا حقيقته و ذات و مرجع هذا التقييد فى الحقيقه إلى تعليق لزوم العقد على حصول الشرط

و أدله الشروط تقضی بلزوم هذا القید و وجوب الوفاء به تکلیفاً و وضعاً فلو امتنع من علیه الشرط من الوفاء به أو تعذر الشرط علیه کان لمن له الشرط ان یفسخ لارتفاع اللزوم بارتفاع قیده. و لو لا هذه النکته الدقیقه و السر العمیق لکان مقتضی القواعد بادئ بدء ان یبطل العقد بتمامه عند عدم حصول شرطه لأنه وقع علی المجموع المرکب و الکل ینتفی بانتفاء بعض اجزائه فهو نظیر الشرط فی باب العلل و الأسباب حیث یقولون (المشروط عدم عند عدم شرطه) و لکن من ذلک الطریق الدقیق و الوجه اللامع حکمنا مع ارتفاع الشرط ببقاء العقد الذی حقه ان یرتفع بارتفاعه و یبطل ببطلانه، و من هنا جاز ان نقول ان فساد بعض الشروط لا یستلزم فساد ما أنیطت به من العقود لأن الشروط التزامات ثانویه فی التزامات العقود فالعقد و الشرط من حیث الالتزام لا هو هو و لا منفصل عنه بل متعلق فیه و مرتبط به أشد الربط،، ثم ان کان الشرط فعلا من الافعال وجب إیجاده و ان کان غایه و نتیجه کشرط صیروره العبد حرا و الکتاب وقفاً و الدار لک ملکا و قلنا بصحه مثل هذه الشروط وجب الالتزام بتحققه و ترتیب آثاره و یکون العبد حراً کما لو أعتقه بالصیغه المخصوصه، لا ان یملک و یعتق و یوقف و مثل هذه الشروط لا یتصور تخلفها مع قابلیه الموضوع نعم تخلفها یکون بنحو آخر، و لبعض اعلامنا المتقدمین کلمه فی هذا البحث لعلها تشیر الی بعض ما ذکرنا حیث یقول (و اشتراط ما سیوجد أمر منفصل عن العقد و قد علق علیه العقد) اهو لعل المراد علق علیه لزوم العقد و الا فالتعلیق

فی العقود مبطل عنـد علمائنا کلمه واحـده، فلا جرم ان المراد تعلیق لزوم العقـد و کثیراً ما یعبرون عن اللزوم بالعقد لارتباطهما و تلازمهما فی الغالب خصوصاً فی البیع.،،. و کان حق هـذا البحث ان یذکر فی مباحث الشـروط و لکن ذکر الأوصاف التی تقابل الشروط سحبنا الیه (و الألماس یتلألأ إنما وضع) لیس مکان أحق به من مکان، فتدبره و اغتنمه فإنک لا تجد هذه الرقائق فی غیر هذه المهارق و المنه للّه وحده.

و نعود الی بحث المـاده التی فی متن (المجله) إذ تقول-: إذا باع بوصف مرغوب فظهر خالیاً کان المشتری مخیراً إلـخ .. و أقول لملک تفطنت الی ان قضـیه الأوصاف لا دخل لها بالوصف المرغوب ان کان المراد المرغوبیه عند النوع و فی الغالب کما یظهر من تمثیلهم بالبقره الحلوب فان باب الأوصاف و الشـروط تـدور مـدار الرغبات الشخصـیه فقد یکون لإنسان غرض فی الوصـف الغیر المرغوب عند العموم کما لو اشترط کون البقره غیر حلوب لانه یریدها للحرث أو السـقی لا للبن و النسل مثلا فإذا ظهر انها حلوب کـانت علی خلاـف رغبته و نقیض شـرطه فلاـ یمکن إلزامه بهـا و قـد التزم له البـائع بغیر هـذا الوصف فلا محیص من ان یکون له الأخیار و مثل ذلک لو اشتری عبداً و اشترط کونه أمیا و هو وصف غیر مرغوب عند النوع فإن القراءه و الکتابه صـفات کمال فی العبـد و غیره و لکنه یریده أمیا کی لا یطلع علی إسـراره و مراسـلاته فلو ظهر أنه یقرأ و یکتب کان له الخیار طبعا، فلا معنی بل لا وجه لتقیید الشروط و الأوصاف بکونها مرغوبه مع ان أدله الشروط عامه و الاعتبار یساعد

على عمومها فافهم ذلك و تدبره، و التقييد بكونه (ليلا) غالبى لا احترازى فإن المدار فى ثبوت الخيار على عدم علم المشترى ليلا كان الشراء أو نهارا

(ماده: ۳۱۱) خيار الوصف يورث إلخ ..

قد عرفت ان جميع الخيارات عندنا موروثه و يحتاج كيفيه إرثها و أحكام إرث الخيار و تفاصيله الى بيان واسع ربما يأتى له محل آخر إن شاء اللّه

(ماده: ۳۱۲) المشترى الذى له خيار الوصف إذا تصرف فى المبيع تصرف الملاك بطل خياره.

تقدم فى القواعد العامه ان كل تصرف دال على الرضا بالعقد و إمضائه فهو مسقط سواء كان من قبيل تصرف الملاك أم لا و هذا وسط بين من قال كل تصرف مسقط و من قال خصوص تصرف الملاك مثل بيعه أو رهنه أو وقفه و نظائرها مما يتوقف صحته على الملكيه أو اذن المالك. و لم تذكر (المجله) ان خيار الوصف هل هو على الفور أو التراخى يعنى هل أنه بمجرد علمه بفوات الوصف يلزمه اما الفسخ أو الإمضاء فإذا لم يبادر إلى أحدهما سقط خياره أم له ذلك متى شاء، و قد سبق ان الأصل هو الفوريه فى جميع الخيارات الا ما ثبت تراخيه بالدليل على التراخى سيما مع أنه لا يخلو من لزوم الضرر على البائع حيث يبقى الأمر مهملا الى وقت غير معلوم، نعم الفوريه ليست على الدقه الحقيقه بل فوريه عرفيه لا يقدح فيها الساعه و الساعتان.

(الفصل الثالث) خیار النقد

اشاره

ذکرنا ان الفقهاء فی تعداد أنواع الخیارات بین مقل و بین مکثر فبعضـهم قصـرها علی ثلاثه و بعضـهم زادها علی عشرین و لکن أکثرها متداخله یدخل بعضـها فی بعض فلو أرجعنا کل فرع إلی أصـله لم تزد علی ثمانیه أو تسعه مما ذکروه و شاهد ذلک هذا الخیـار الـذی جعلوه أصـلا برأسه و هو علی الصوره التی ذکروهـا لیس إلاـ من فروع خیـار الاـشتراط فإنه عباره عن اشتراط أداء الثمن فی وقت معین و لذا لا یوجد فی شـی ء من کتب فقهاءنا فإنه بطبیعه إطلاق العقد مستغنی عنه ضروره ان الإطلاق یقتضی تسلیم الثمن نقداً فان لم یدفعه کان له الخیار متی شاء فی المده المعینه و فی غیرها، نعم فی أخبار أئمتنا سلام اللّه علیهم فی هذا المقام خیار أصیل یعرف عند علمائنا (بخیار التأخیر) و هو أن البائع مع إطلاق العقد و عدم تسلیم المبیع و عدم قبض الثمن ینتظر المشتری الی ثلاثه أیام فهو فی هـذه الثلاثه لازم عکس خیار الحیوان ثم یصـیر بعد الثلاثه جائزاً ان شاء فسخ و ان شاء بقی علی الانتظار مع الخیار و خیار الحیوان یصـیر بعدها لازماً ففی روایه علی بن یقطین عن الکاظم سـلام اللّه علیه عن الرجل یبیع البیع و لا یقبضه صاحبه و لا یقبض الثمن، قال-: الأجل بینهما ثلاثه أیام فإن اقبضه بیعه و الا فلا بیع بینهما، و عنه علیه السلام أیضاً (من اشتری بیعاً فمضت ثلاثه أیام و لم یجئ فلا بیع له) و مثلهما أخبار أخری کثیره

و ظاهر قوله فلا بيع بينهما بطلان البيع رأسا بعد الثلاثه و لكن العلماء اجمع الأمن شذ حملوه على ارتفاع لزوم البيع و قد قلنا انه كثيرا ما يعبر عن اللزوم بالبيع أو بالعقد للتناسب و التلازم الذى بينهما و الاعتبار و الحكمه من هذا الحكم تساعد على ذلك فإن إلزام البائع بالصبر و الانتظار مع ان المبيع عنده و فى ضمانه و قد انتقل الى الغير و منافعه أيضاً للغير و لم يقبض الثمن ضرر و مشقه شديده، و تدارك ذلك يحصل بجعل الخيار فان رأى من صالحه الانتظار، و إلا فسخ بالخيار، فما أكرمها من حكمه ساميه و هذا الخيار لم أجده فيما وقفت عليه من كتب القوم و لم يعرفه فقهاء المذاهب على الظاهر، و العجب من (المجله) و غيرها من مؤلفاتهم يذكرون مثل خيار النقد و الخيانه و نحوها التى ليست بشى ء و لا يذكرون مثل هذا الخيار الرصين، و فى مؤلفات أصحابنا لخيار التأخير مباحث واسعه و تحقيقات جليله.

(ماده: ۳۱۳) إذا تبايعا على ان يؤدى المشترى الثمن فى وقت كذا و ان لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع و هذا يقال له خيار النقد.

مقتضى تعبير (المجله) فلا بيع بينهما كما فى أخبارنا- ان البيع يكون فاسدا عند عدم الأداء فى الوقت و صرحت (المجله) أيضاً فى ماده

(۳۱۴) إذا لم يؤد المشترى الثمن فى المده المعينه كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسدا،

فأين الخيار إذاً فإن العقد إذا فسد عند عدم أداء المشترى للثمن فى الوقت المعين لم يكن معنى لثبوت الخيار له و كيف يثبت الخيار بين الفسخ و الإمضاء لعقد قد فسد و انفسخ ثم ما معنى جعل الخيار للمشترى

مع ان الشرط للبائع على المشترى و ضرر الانتظار و الصبر عليه لا على المشترى و خيار المشترى الذى قد لا يفسخ و لا يؤدى الثمن بل يبقى على المماطله لا يرفع ضرر البائع.

و (الحاصل) ان هذا كله مشوش مغشوش و خطأ فى خطل لا جسم فيه و لا روح، و لا جوهر و لا معنى، و أعجب من ذلك كله ماده (۳۱۵) إذا مات المشترى المخير بخيار النقد فى أثناء مده الخيار بطل البيع، فإنه إذا كان خياراً قاراً و حقاً ثابتاً، مثل خيار الوصف و الشرط فلما ذا لا ـ ينتقل الى الوارث و على تقدير كونه وصفاً قائماً بذات المشترى لا يقبل الانتقال الى غيره مع انه ممنوع، فلما ذا يبطل البيع و لما ذا لا يكون لازماً و يؤخذ الثمن من التركه و ينتقل المبيع إلى الورثه كسائر أموال مورثهم فتدبر هذه النقوش و الرتوش جيداً.

(الفصل الرابع) خيار التعيين

اشاره

هاهنا (كما يقول العوام) تسكب العبرات، و هذا هو المحزن المؤسف ان يسف العلم هذا الاسفاف، و ما ادرى كيف اشتبه الأمر على أرباب (المجله) الأفاضل فخلطوا هذا الخلط الشاين، و خبطوا هذا الخبط المزرى فان الخيار الذى يبحث عنه الفقهاء فى باب المعاملات هو كما عرفت السلطنه على فسخ العقد و إبقائه لأحد المتعاقدين أو لكل منهما أو لا جنبى، و هذا الخيار الذى ذكروه هنا و سموه خيار التعيين لا علاقه له بهذا المعنى أصلا

اللهم الا تشابه الاسم فقط على انه فرق فى الاصطلاح بين الخيار و التخيير فان الخيار المزبور عباره عن تخيير البائع ان يدفع أحد الأشياء المعينه أو يتخير المشترى ان يأخذ ما شاء منها فأى ربط لهذا بقضيه فسخ العقد أو إمضائه و لو صح لنا ان نعد هذا فى الخيارات لصح لنا ان نعد من جمله الخيارات خيار الكفاره فإن المكلف بالكفاره مخير بين العتق و الإطعام و الصيام، و خيار المديون فى أداء دينه و بائع الكلى مخير فى دفع اى مصداق من مصاديقه. و هلم جرا الى ما لا يحصى و لا يعد، و هذه لعمر الحق مهزله من المهازل عند أهل العلم المعقم و أرباب الفن الصحيح، و على كل، فان هذا تخيير لا خيار و لزوم فى العقد لا جواز كما هو واضح لأول نظره، هاك فانظر.

(ماده: ۳۱۶) لو بين البائع أثمان شيئين أو أشياء من القيميات كلا على حده

على ان المشترى يأخذ أيا شاء بالثمن الذى بينه له و البائع يعطى أيا أراد كذلك صح البيع استحسانا و هذا يقال له خيار التعيين.

الكلام هنا يتجه الى جهتين.

الاولى-: هل ان هذا خيار على غرار سائر الخيارات المذكوره فى أبواب العقود و المعاملات و قد عرفت انه أجنبى عن ذلك بالمره فلا فسخ و لا إمضاء و لا سلطنه على عقد و لا على عين، و اقحامه هنا كاقحام المسمار فى الجدار.

الثانيه-: على علاته هل هو صحيح أو فاسد، و لعله مر عليك منا غير مره ان مثل هذا البيع باطل عند جمهور الإماميه و قد اتفقوا على ان بيع عبد

من عبدين باطل و ان تساويا فى جميع الصفات و الحيثيات و لا يقول بصحته منا الا الشاذ النادر (ان كان) كل ذلك لانه غرر و بيع الغرر باطل و قد عرفت قريباً ان دائره الغرر شرعاً أوسع منها عرفاً، بل الحق انهما متساويان و ليس للشارع فى الغرر اصطلاح خاص و وضع جديد و لكن العرف يتسامحون فيرتكبون و الشرع لا ـ يسامح و لا يتسامح، و سبق أيضاً ان المعلوميه بالعين و المقدار و الوصف و الوجود و الحصول شرط فى البيع مطلقاً، إذاً فهو مضافا الى أنه أجنبى عن أنواع الخيار بالمره بيع فاسد عندنا ليس له أى أثر و اللازم ان يكون فاسدا عند أرباب (المجله) أيضاً بمقتضى ماده (۲۱۳) المتقدمه بيع المجهول فاسد الى آخرها و هو ينطبق على ما نحن فيه تماماً بملا ـ ك مطلق الجهاله و ان كانت هناك أشد، و لكنهم هنا حكموا بالصحه و رتب بعض الشراح على المشترى أحكاماً تسعه و على البائع سبعه مثل ما فى ماده (۳۱۷) يلزم فى خيار التعيين تعيين المده أيضاً، و ماده (۳۱۸) من له خيار التعيين يلزم عليه ان يعين الشى ء الذى يأخذه فى انقضاء المده التى عينت و لا نجد فائده فى التعرض لباقيها بعد ان كان أصل خيار التعيين لا أصل له و هو عندنا كما عرفت بيع فاسد للجهاله و لا علاقه له بمسائل الخيار بتاً.

انظر – ماده (۳۱۹) خيار التعيين ينتقل الى الوارث

مثلا ـ لو أحضر البائع ثلا ـ ثه أثواب أعلى و أوسط و ادنى من جنس واحد و بين لكل منها ثمناً على حده و باع أحدها لا على التعيين على ان المشترى فى مده ثلاثه أيام أو أربعه أيام يأخذ أيها شاء بالثمن الذى تعين له و قبل المشترى على هذا

المنوال انعقد البيع و فى انقضاء المده المعينه يجبر المشترى على تعيين أحدهما و دفع ثمنه فلو مات قبل التعيين يكون الوارث أيضاً مجبوراً على تعيين أحدها و دفع ثمنه،،، و ليت شعرى إذا كانت القضيه بهذه الصوره و تنتهى إلى الجبر فأين الخيار؟

ثم إذا كانت مثل هذه الجهاله غير ضائره فى صحه العقد فتخصيص الجواز فى القيميات تحكم لا وجه له و تخصيص بعضهم له بثلاثه أشياء فقط كما نقل بعض الشراح أيضاً لا وجه له.

(الفصل الخامس) خيار الرؤيه

اشاره

هذا الخيار من الخيارات الاصيله و ان أمكن اندراجه ببعض الاعتبارات فى خيار الوصف أو خيار الاشتراط لأنه عباره عن حق فسخ العقد إذا اشترى عيناً غايته بالوصف ثم رآها على خلاف ما وصف البائع أو كان المشترى رآها قبل العقد فاشتراها على تلك الرؤيه فظهر بعد العقد انها قد تغيرت فبهذا اللحاظ يمكن درجه فى خيار الاشتراط ضروره ان الوصف أو الرؤيه السابقه كانت كشرط ضمنى فإذا ظهر فقدانه كان له خيار تخلف الشرط، و لكن الأصحاب تبعاً للأخبار جعلوه خياراً مستقلا لأن الشرطيه غير صريحه فيه و ان كانت ضمنيه و سموه خيار الرؤيه ففى صحيحه جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام

فی رجل اشتری ضیعه و کان یدخلها و یخرج منها فلما ان نقد المال صار الی الضیعه فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم یقله فقال أبو عبد اللّه (ع) انه لو قلب منها و نظر الی تسعه و تسعین قطعه ثم بقی قطعه لم یرها لکان له فیها خیار الرؤیه، اهو معلوم ان مورد هذا الخیار هو بیع العین الغائبه و قد عرفت فی القواعد العامه- قاعده- الوصف فی الحاضر لغو و فی الغائب معتبر- و ذکرنا هناک ان بیع العین الغائبه لا یصح الا بالوصف لرفع الجهاله کبیع الکلی فی السلم و غیره و لو باع بغیر الوصف کان البیع باطلا من أصله و لو باع بالوصف صح فان ظهر موافقاً لزم و الا کان له الخیار و من هنا یظهر لک الخلل فی عباره (المجله) ماده (۳۲۰) من اشتری شیئا و لم یره کان له الخیار الی ان یراه فإذا رآه ان شاء قبله و ان شاء فسخ البیع و یقال له خیار الرؤیه فإنه ظاهر فی صحه شراء شی ء بغیر وصف و لا رؤیه و هو قطعی البطلان حتی عندهم کما ذکروا فی بطلان بیع المجهول و من الغریب حکمهم ان هذا الخیار لا یورث کما فی ماده [۳۲۱] خیار الرؤیه لا ینتقل الی الوارث فإذا مات المشتری قبل ان یری المبیع لزم البیع و لا خیار لوارثه.

لعمرک ان هذا من أحکام الجزاف القاسیه التی لا یقبلها عقل و لا ذوق فضلا عن الشرع و کیف یلزم الوارث المسکین بمبیع ما رآه مورثه و لا کان لازما علیه فتجتمع علی الورثه مصیبتان فقد مورثهم و إلزامهم بمال ربما لا یرغبون فیه و لا رغب مورثهم فیه و لا یکون من صالحهم کما لو کان قد اشتری ضیعه أو مزرعه أو نحو ذلک مما له شأن فی نظم

حیـاتهم، و من هنـا نقول- و حقاً نقول- انه لو كان الخيار فی كل نوع من أنواعه لا يورث فهـذا النوع أعنی خيار الرؤيه يجب ان يكون موروثـاً كيف و قـد عرفت ان جميع أنواع الخيارات موروثه لأنها بأجمعها حق مالی فيشـمله دليل [ما ترک الميت من حق فهو لوارثه] ثم ان دليـل خيـار الرؤيه و ان كـان قـد ورد فی خصوص المشـتری إذا اشـتری مـا لم يره أو مـا تغير عمـا رآه و لكن الملاـک يجری حتی إلی البـائع إذا بـاع مـا لم يره ثم رآه علی غير الوصف الـذی وصـفه هو أو وصـفه الغير له، و لـذا قال أكثر أصـحابنا بعمومه للبـائع و المشتری و هو معقول كالقول بشـموله لغير البيع من عقود المعاوضات اللازمه مثل الإجاره و الصـلح و القسـمه و الخلع و غيرهـا و يجری فی غير الموافق للوصف مطلقـاً سواء كان أعلی أو أدنی لما عرفت من ان الرغبات و الحاجات يختلف النـاس فيهـا أشـد الاختلاـف فـإذا اشتری حنطه بصـفه أنهـا حمراء أو سوداء ثم ظهرت بيضاء و هی أعلی لا يلزم بها لأن حـاجته الخاصه ربما تكون فی السوداء و مما ذكرنا تعرف الخلل فی ماده (۳۲۲) لاـ خيار للبائع و لو كان لم ير المبيع مثلا لو باع رجل مالا دخل فی ملكه بالإرث و كان لم يره انعقد البيع بلا خيار للبائع.

(ماده: ۳۲۳) المراد من الرؤيه فی بحث خيار الرؤيه هو الوقوف علی المال و المحل الذی يعرف به المقصود الأصلی من البيع.

هـذه العبـاره غير وافيه ببيـان المقصود و ذكر المحـل هنا لا محل له من الاعراب (كما يقولون) كما ان ذكر المقصود الأصـلی لا يتضح به المقصود و التحقيق فی المقام ان يقال ان المراد بالرؤيه التی يصح معها البيع و يسقط

بها الخيار بالوصف الذى يقوم مقام الرؤيه فيصح معه البيع حتى مع عدم الرؤيه و يدور الخيار مداره وجودا و عدما هو ما يوجب العلم بالشى ء و يرفع الجهاله عنه و الغرر و لا يرتفع الغرر من الأشياء الا بالاختبار و معرفه تحقق الغرض المقصود منها و الذى من أجله يتطلبه و يريد الحصول عليه و لما كانت المقاصد و الحاجات تختلف باختلاف الأجناس و الأنواع بل باختلاف كل صنف من كل نوع، مثلا البقر قد يريدها المشترى للذبح و الا كل فيختبر سمنها و قد يريدها للحرث فيعتبر قوتها و قد يريدها للحليب فيختبر درتها و اخلافها بل أوسع من ذلك رب أشياء لا يرتفع الغرر برؤيتها بالبصر بل لا بد من شمها كالعطر من المسك و العنبر و شى ء لا يكفى شمه كالسمن و الزبد و أمثالها بل لا بدّ من ذوقه أيضا و لو اشترى فاره مسك أو جونه عطر و لم يفتحها بل شمها و عرف وزنها و اشتراها (و لكن لم ير ما فيها ببصره) لم يكن له خيار الرؤيه بدعوى عدم رؤيه المسك بعينه فإن رؤيه كل شى ء بحسبه و كثير من الأجناس لا يكفى رؤيتها و لا شمها و لا ذوقها بل لا بدّ من لمسها و كثير منها لا بد مع ذلك من كيلها و وزنها أو عدها و هكذا،،، فليس المراد بالرؤيه خصوص المشاهده ابصريه بل المراد الاختبار الرافع للجهاله و اختبار كل شى ء بحسبه، فإذا اشتريت حقه سمن رأيتها بعينك و لكن لم تذقها و لم تشمها كانت بحكم الشى ء الذى اشتريته بغير رؤيه فلك الخيار بعد الاختبار إذا لم يكن موافقاً لمقصودك و كنت تريد مثلا سمن البقر فظهر أنه سمن الغنم فلك الفسخ و هذا باب واسع لا يمكن إعطاء الضابطه له الا بما قلنا

من أن المراد بالرؤيه الاختبار و الاختبار يختلف باختلاف الأنواع و الأجناس بل و الأصناف و الأغراض فمن اشترى شيئاً أو باعه و قد اختبره بما يليق به من الاختبار الكاشف عن الغرض المقصود منه اى غرضه الخاص لا أغراض النوع و العامه فإن هذا كما عرفت لا يجدى فى باب المعاملات فلا خيار له بعد ذلك و إذا لم يختبره بما يحق له من الاختبار كان له الخيار و هذا هو مراد أرباب (المجله) و ان قصر التعبير عنه أو لا و لكن يتضح بقولها مثلا- الكرباس و القماش الذى يكون ظاهره و باطنه متساويين يكفى رؤيه ظاهره و القماش المنقوش و المدرب يلزم رؤيه نقشه و دروبه و الشاه المشتراه لأجل التناسل و التوالد يلزم رؤيه ثديها و الشاه المأخوذه لأجل اللحم يقتضى حس ظهرها و اليتها و المأكولات و المشروبات يلزم ان يذاق طعمها فالمشترى إذا عرف هذه الأموال على الصوره المذكوره ثم اشتراها ليس له خيار الرؤيه.

(ماده: ۳۲۴) الأشياء التى تباع على مقتضى انموذجها يكفى الأنموذج عنها فقط.

و حق التعبير ان يضم إليها الماده التى بعدها فيقول: فان ظهر موافقاً للأنموذج فلا خيار و الا كان له الخيار و لا حاجه الى ماده اخرى خلاصتها ذانک الکلمتان، کما ان هذا يغنى عن-:

(ماده: ۳۲۶) فى شراء الدار و الخان و نحوهما من العقار تلزم رؤيه كل بيت منها

الا انه إذا كانت بيوتها موضوعه على نسق واحد تكفى رؤيه بيت واحد و هكذا كل ما هو من هذا القبيل مثل الأقمشه و الاحذيه

و نحوها فما يظهر مخالفاً له رده و استبداله و الا فله الخيار.

فان جميع هذه المواد يمكن ان تجمع فى ماده واحده موجزه، و لا حاجه الى الإكثار و التكرار.

(ماده: ۳۲۷) إذا اشتريت أشياء متفاوته صفقه واحده تلزم رؤيه كل واحد على حدته.

و يلزم ان يضم إليها الماده التى بعدها فإنها جزء متمم لها فيقال باختصار فان رأى بعضها و لم ير الباقى ثم وجده مخالفاً لما رآه فله الخيار اما بأخذ الجميع أو رد الجميع و ليس له أخذ ما رآه و ترك الباقى. و الأصح ان له ذلك و لكن يحدث للبائع خيار تبعض الصفقه فتدبره، و لا يخفى ان الأعمى و البصير سواء فى هذه الاحكام فلا يصح للأعمى ان يشترى مجهولا بل اما ان يختبره بنفسه بالنحو المستطاع له من الاختبار أو يوصف له وصفاً يرفع الجهاله كما يوصف للبصير فى العين الغائبه و فى السلم بالنسبه إلى الكلى فإن طابق فلا شى ء و الا فله الخيار و منه تعرف الخدشه فى ماده (۳۲۹) بيع الأعمى و شراؤه صحيح الا انه يخير فى المال الذى يشتريه بدون ان يعلم وصفه،،، فإن شراءه بدون وصف أو اختبار عندنا باطل و كان ينبغى ان يضم إليها المادتين اللتين بعدها (۳۳۰ و ۳۳۱) بكلمتين و هما- فإذا اشترى بالوصف فلا خيار، يعنى مع المطابقه لا مطلقاً و يسقط خياره باختباره بلمس الملموسات، و ذوق المذوقات و هكذا يكون الشراء صحيحاً لازماً- اى مع المطابقه أيضاً.

عرفت سابقاً انه يصح الشراء بالرؤيه السابقه فإن ظهر التغيير كان له

الخیار کما فی ماده (۳۳۲) ثم ان الوکیل و الرسول ان کانا مفوضین علی الرؤیه و العقد و القبض سقط خیار الموکل برؤیتها و الا فلا- و لا وجه لاعتبار رؤیه الأول دون الثانی کما فی مادتی (۳۳۳، ۳۳۴) الوکیل بشراء شی ء و الوکیل بقبضه رؤیتهما کرؤیه الأصیل ثم قال: الرسول من المشتری لأخذ المبیع و إرساله فقط لا تسقط رؤیته خیار المشتری، و الأصح ان المدار فی الجمیع علی الاعتماد و التفویض و بدونه لا تجدی صرف الوکاله أو الرساله فتدبره.

(ماده: ۳۳۵) تصرف المشتری فی المبیع تصرف الملاک یسقط خیاره.

اشاره

اعلم ان التصرف اما ان یکون قبل الرؤیه أو بعدها و علی التقدیرین فخیار الرؤیه اما ان یکون فوریاً أو غیر فوری فإن قلنا بفوریته فکل تصرف بعد الرؤیه یکون مسقطاً للخیار بالضروره و وجهه واضح و ان قلنا بعدم فوریته فلا یسقط الا بالتصرف الدال علی الرضا بالعقد و إمضائه سواء کان من قبیل تصرف الملاک مثل الرهن و العتق و نحوهما أم لا اما التصرف قبل الرؤیه سواء دل علی الرضا أم لا، و سواء کان من قبیل تصرف الملاک أم لا، ففی سقوط الخیار به و عدم سقوطه وجهان مبنیان علی ان سبب الخیار هو العقد، و الرؤیه شرط، أو ان السبب هو الرؤیه و المخالفه شرط، فعلی الأول یکون التصرف الدال علی الرضا مسقطاً للخیار و یکون مسقطاً فعلیا کما لو أسقطه قولا، و علی الثانی لا یکون التصرف مطلقاً مسقطاً لان الخیار بعد لم یحصل لعدم حصول سببه و هو الرؤیه

فکیف یسقط قبل تحققه و تحقق سببه و کذا لو أسقطه قولا فإنه لا یسقط لذلک الوجه بعینه، هکذا ذکر الأصحاب ملخصاً و یمکن ان یقال لا مانع من سقوطه بالمسقط الفعلی فضلا عن القولی حتی لو قلنا بان سبب الخیار هو الرؤیه فإنه یکفی لصحه إسقاطه بالقول أو الفعل وقوع العقد علی العین الغائبه الذی فیه استعداد للحوق الخیار بحصول سببه و هو الرؤیه فاستعداد العقد لحصول سبب الخیار بعده کاف فی صحه إسقاطه و یکون من قبیل الدفع لا الرفع، نعم لو شرط سقوطه فی العقد کما لو قال: بعتک العین الغائبه الموصوفه بکذا و اشترطت علیک سقوط خیار الرؤیه بطل الشرط قطعاً و لا یبعد بطلان العقد أیضاً فیکون من الشروط الفاسده المفسده و سر ذلک ان العقد علی العین الغائبه المجهوله إنما صح بالوصف لها الرافع للغرر و الجهاله عنها و معنی اشتراط سقوط خیار الرؤیه إسقاط حق الوصف و إلغاء أثره و هو الخیار فتکون النتیجه أنه باع عینا من غیر مشاهده و لا وصف و هو من أوضح مواضع البطلان بخلاف ما لو أسقطه بعد العقد قبل الرؤیه فإن العقد وقع صحیحاً بالوصف و لم یقترن بما یبطله و کان فیه استعداد لإثبات حق و هو الخیار فلا مانع من إسقاط حقه فلیتدبر و لم تذکر (المجله) مسائل الاختلاف هنا مع انها جد مهمه فلو اختلفا فی مخالفته الوصف و عدمها فقال البائع مثلا: بعتک الحنطه الحمراء، و قال المشتری بل البیضاء أو قال المشتری تغیرت الدابه عما شاهدتها، و قال البائع: لم تتغیر فالقول قول البائع فی المقامین اما الأول فلأن المشتری یرید ان یثبت له خیارا و الأصل عدمه، و اما الثانی فلذلک و لأصاله عدم

تغیرها فان التغیر أمر حادث فإذا شک فیه فالأصل عدمه فلیتأمل.

(فرع) لو نسج مقداراً من الثوب أو الحصیره فاشتراه علی ان ینسج الباقی کالحاضر قبل یبطل للجهاله

و قیل یصح لانه بحکم الموصوف بل یحکم المشاهد، اما لو أعطاه مقداراً من الغزل علی ان ینسجه کالموجود فیشتری الحاضر منه و یستأجره علی نسج الباقی بتلک الکیفیه فلا ینبغی الإشکال فی الصحه فلو لم ینسجه علی الغرار کان له الخیار.

(الفصل السادس) خیار العیب

اشاره

اضافه الخیار الی العیب کاضافته الی الغین و الی الرؤیه و الی الشرط من باب اضافه المسبب الی سببه و إضافته إلی المجلس و الحیوان أشبه بإضافه الشی ء إلی محله، و الأصل فی دلیل هذا الخیار و خیار الغبن هو قاعده الضرر فان لزوم العقد الواقع علی المعیب ضرر علی المشتری مثلا و هو لا یعلم به و لم یقدم علیه و کل حکم ضرری مرفوع بقاعده (لا ضرر فی الإسلام) فلزوم العقد علی المعیب مرفوع و یمکن رده الی خیار الاشتراط فان العقلاء غالباً لا یقدمون الا علی ابتیاع الصحیح السلیم من الأعیان و انما لا یشترطون ذلک صریحاً فی العقد اعتماداً علی أصاله السلامه فالسلامه فی نظر کل متعاقدین شرط ضمنی فی العقود المطلقه التی لم

يؤخذ فيها البراءه من العيوب، فإذا انكشف وقوع العقد على غير السليم فقد تخلف الشرط و تخلف الشرط يوجب الخيار و عليه تحمل عباره (المجله)

(ماده: ۳۳۶) البيع المطلق يقتضى السلامه من العيوب

يعنى ان بيع المال بدون البراءه من العيوب بلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضى ان يكون سالماً خالياً من العيب و لكن الأصح أن خيار العيب أصل برأسه و العيب موجب للخيار بنفسه لأمن باب تخلف الشرط الضمنى و لذا يعد اشتراط السلامه صريحا فى العقد شرط مؤكد لإطلاق العقد وجوده كعدمه و خيار العيب يغنى عنه و قد أشرنا قبل ان طبيعه العقد عند الإطلاق تقتضى وقوعه على الصحيح و ظهور العيب أو وجوده يقتضى التدارک بالخيار فجعل الشارع الخيار تأكيدا لما تقتضيه طبيعه الشى ء ذاتاً لا ـ تأسيس فى التشريع جعلا كخيار المجلس و نظيره الغين فان طبيعه عقود المعاوضات تقتضى التبادل بين الأموال على نسب متعادله فى الريح و الخسران و الزياده و النقصان مثلا قاعده الريح عند العقلاء فى التجاره ان يكون الريح فى العشره اثنين أو ثلاثه و هذا هو المعدل التى تتراوح فيه الأرباح من الواحد الى الثلاث فلو زاد على ذلک عده التجار و العرف و إجحافاً و غبناً، و لعل علم الاقتصاد أحق و اخرى من علم الفقه بضبط هذه الموازين و تحديد هذه المقاييس ثم ان العيب انما يوجب الخيار بشروط.

الأول-: ان يكون سابقاً على العقد أو حادثا قبل قبض المشترى أو فى زمن خياره اما لو حدث بعد قبضه و بعد خياره فلا يكون العيب

موجباً للخيار.

الثانی-: ان یکون غیر عالم بالعیب قبل العقد أو حین العقد أو قبل القبض فلو عقد علیه و هو عالم بعیبه أو قبضه مع علمه بالعیب فلا خیار.

الثالث-: ان لا یکون البائع قد برء من العیوب فلو برء و ظهر معیباً لم یکن للعیب أثر فی الخیار.

الرابع-: ان یکون العیب یوجب نقص القیمه فلو کان لا- یوجب نقصاً أو یوجب زیاده ففی کونه موجباً للخیار خلاف و الأقرب عدم الخیار.

الخامس-: ان یکون العیب مما لا- یزول بسهوله فلو کان مثل الصداع الطارئ أو الحمی الخفیفه أو الدمل العادی لم یوجب الخیار السادس-: ان یعلم به حال وجوده فلو علم به بعد زواله لم یکن له اثر.

و قد اتفق فقهاء الفریقین أو أکثرهم علی ان البراءه من العیوب تمنع من تحقق خیار العیب و یکشف هذا عن کون سبب الخیار هو نفس العیب لا- ظهوره و انکشافه و لیس حاله حال الرؤیه التی ذکروا انه لا- یصح إسقاط خیارها فی العقد أو بعده لأنها إسقاط ما لم یتحقق بعد و لا- ینبغی الریب ان نفس الغبن و العیب أسباب للخیار بوجودهما الواقعی لا بالعلم بهما و انما العلم کاشف و طریق لا- یترتب علی الواقع أثره إلا- به و لعل تعبیر أکثر الفقهاء ان الخیار یثبت بظهور العیب ناظر الی ما ذکرنا لا الی کون الظهور هو السبب کما تخیله بعض و من هذا القبیل عباره (المجله) ماده (۳۳۷) ما بیع بیعاً مطلقاً إذا ظهر به عیب قدیم یکون

المشتری مخیراً ان شاء رده و ان شاء قبله بثمنه المسمی، ثم أنه لا إشکال فی ان هذا الخیار کسائر الخیارات عباره عن سلطنه علی فسخ العقد و إبقائه و لکنه یمتاز بخصوصیه عن اترابه و هی ان المشتری مثلاـ کماله الفسخ بالعیب و استرداد الثمن له الإمساک و المطالبه بالنقیصه ای التفاوت ما بین الصحیح و المعیب المعبر عنه فی کتب أصحابنا (بالأرش) و هو فی أصل اللغه دیه الجراحات و استعمله الفقهاء فی المال المأخوذ بدلا عن النقص المضمون فی بدن أو مال و لم یقدر له الشارع مقداراً معیناً علی خلاف فی ذلک فالمشهور عند علمائنا ان العیب یوجب الخیار للمشتری فی المبیع و للبائع فی الثمن بهذا الترتیب ۱-: الفسخ و التراد.

۲-: الإمساک بالأرش.

۳-: الإمساک مجاناً.

و خالفهم آخرون فقالوا: لیس لأحدهما المطالبه بالأرش مع إمکان التراد و انما تنتقل النوبه إلی الأرش إذا امتنع الرد لأحد الأسباب المانعه التی سیأتی ذکرها و هذا هو الظاهر من أکثر فقهاء المذاهب و علیه ینبغی ان تحمل عباره (المجله) و ان کانت مطلقه حیث یقول فی آخر الماده و لیس له ان یمسک المبیع و یأخذ ما نقصه العیب ا ه ضروره ان استحقاق المطالبه بالأرش ای النقیصه متفق علیه فی الجمله و لکن بین قائل به مع إمکان الرد و بین من خصه بصوره الامتناع فإطلاق عباره (المجله) غیر مراد کما نصت علیه ماده (۲۵۰) الآتیه من انه إذا تعذر الرد له

المطالبه بنقصان الثمن.

(ماده: ۳۳۸) العيب ما ينقص ثمن المبيع عند التجار و أرباب الخبره.

قد ذكرنا أن أهم مباحث البيوع أبواب الخيارات. و أهم أنواع الخيار خيار الغبن و العيب، و أهم مباحث العيب و الغبن تعيين الضابطه و التعريف للعيب الموجب للخيار، و الغبن الذى هو على ذلك الغرار، و قد اضطربت كلمات علماء الفريقين فى ضابطه ذلك و الكلمه الدائره عند فقهاء المذاهب و تأثرتهم (المجله) فيه هى ان العيب ما ينقص القيمه و هى أبعد كلمه تقال فى هذا الموضوع ضروره أن الصفات الكماليه مثل كتابه العبد و جمال الجاريه و فراهه الفرس كلها تزيد فى قيمه موصوفاتها و عدمها ينقص القيمه مع ان عدم كتابه العبد ليست عيباً و ان كان وجودها كمالًا و بالجمله فخلل هذا التعبير لا يخفى و ان شاع فى كلمات القوم فإنه أبعد شى ء عن الحقيقه، و أتقن ما يليق من التحقيق فى المقام ان يقال- لا ريب اننا إذا اعمقنا الفكر فى الحقائق النوعيه من حيث وجوداتها الخارجيه، اعنى من حيث مصاديقها المتكثره و تحققاتها المتكرره، نجدها متقومه من أمرين.

موجودات متعدده محسوسه قد ارتبط بعضها ببعض حتى صارت كشى ء واحد، و نسميها أجزاء أو أعضاء أو ما أشبه ذلك.

و معانى نتعقلها فى الذهن و لا نجد الا آثارها فى الخارج و لا تحس بالحس الخارجى و انما تعرف بالحس الباطنى و نسميها أوصافاً و أحوالا

ثم نجد فی النظره الثانیه ان من تلک الاجزاء أو الأوصاف ما لا ینفک عن تلک الحقیقه فکل فرد یوجد منها فإنما یوجد ملتئما من تلک الأمور و إذا خلا فرد من بعض تلک الاجزاء یعد عند العرف و العقلاء شاذاً و خارجا عن ناموس تلک الطبیعه فیعرف بذلک أن کل واحد من تلک الاجزاء هو من مقتضیات تلک الطبیعه و لوازم تلک الحقیقه بخلاف بعض الأجزاء التی قد توجد و قد لا توجد و عدم وجودها فی بعض الافراد لا یوجب عده من شواذ الحقیقه و فلتأت الطبیعه و بذلک نعرف الأجزاء الأصلیه أی ما تقتضیه الحقیقه و الماهیه من الاجزاء الزائده الفرعیه التی یقتضیها وجود الفرد بشخصیته لا وجود الماهیه من حیث هی فنقص جزء من هذه الاجزاء لا یعد عیباً و لا نقصاً فی ذلک الفرد سواء زادت به القیمه أم نقصت بخلاف الاجزاء من النوع الأول فإن فقد شی ء منها یعد نقصاً و عیباً سواء زادت القیمه بنقصه أم نقصت فنقص القیمه أجنبی عن قضیه العیب بالکلیه، و هکذا الکلام بالنسبه إلی الأوصاف و الأحوال نوع منها لا تنفک افراد تلک الحقیقه عنه الا شاذاً نادراً فیحکم العرف بأنه من مقتضیات تلک الطبیعه و لوازمها، و نوع آخر قد یوجد و قد لا یوجد و حیث لا یوجد لا یعد الفاقد شاذاً خارجا عن ناموسها العام،،، مثلا:

ننظر فی أجزاء الإنسان فنجد الشعر علی العموم جزء منه لا تنفک افراد طبیعته عنه و لکنه فی حاجبه و أشفار عینیه و نحوها جزء لازم فی کل فرد الا الشاذ النادر، و أما فی ناصیته من القذال أو الوفره و نحوها فغیر لازم یوجد فی بعض الافراد و لا یوجد فی بعضها و لا یعد فقده شذوذاً

و ليس الأنزع كفاقد شعر الحاجبين طبعاً، و من هنا نعرف ان فقدان شعر الناصيه ليس عيبا لأنه ليس خروجاً عن مقتضى الطبيعه بخلاف الأخص الذى لا ينبت الشعر على بدنه و مثل ذلك فى الأوصاف فإن أجسام البشر تقتضى حسب حقيقتها ان يكون للجسم لون واحد من بياض أو سمره أو سواد فلو وجد فرد جسمه كان ملمعا بالبياض و السمره مثلا كان خروجاً عن مقتضى الطبيعه كالبرص و البهق و نحوهما و هكذا فى كل نوع من الأنواع و كل حقيقه من الحقائق لها اقتضاء خاص من حيث الأجزاء و الأوصاف نعم قد ينقلب الأمر و تنعكس القضيه فتصير هناك حقيقه ثانويه وضعيه تغلب على الحقيقه الأوليه الطبيعيه، مثلا- الغلفه (يعنى عدم الختان) من مقتضيات طبيعه الذكور و من الاجزاء التى يولد الإنسان الذكر معها و لكن الوضع بل الشرع عند المسلمين اقتضى الخروج عن هذه الحقيقه (۱)

۱- و نظير هذا من أمثله الأوصاف و ان لم تكن من العيوب- اللحى- فان مقتضى طبيعه الإنسان الذكر ان تكون له لحيه إذا بلغ السن المخصوص و لكن انعكست القضيه بالنظر الى الحقيقه الثانويه، و صار التواضع التقليدى على حلق اللحى بحيث أوشك أن يعد مقتضى الطبيعه و الفطره و هو كون اللحى عيباً و إزالتها كمالا، و من المستظرف هنا قول بعضهم. رأيت فى جلق غزالا تجار فى وصفه العيون فقلت ما الاسم قال موسى قلت نا تحلق الذقون نعم هذا زمان حلق الذقون. فانا للّه و اليه راجعون.

فصارت الحقيقه الثانويه هى (الختان) و صارت الغلفه عيباً و يشهد لهذا التحقيق الرشيق من أخبار أهل البيت عليهم السلام- قصه القاضى ابن أبى ليلى- حيث جاءه رجل بخصم له فقال: ان هذا باعنى هذا الجاريه فلم أجد شعراً على ركبها (بفتح اوله و ثانيه- محل نبات الشعر من العانه) و زعمت انه لم يكن لها قط، فقال له ابن أبى ليلى: ان الناس يحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوه فما الذى كرهت، فقال له: أيها القاضى ان كان عيباً فاقض لى به، فقال حتى أخرج إليك فإنى أجد أذى فى بطنى، ثم دخل بيته و خرج من باب آخر فانى محمد بن مسلم (هو من خواص أصحاب الصادق و أبيه الباقر سلام اللّه عليهما) فقال: أى شى ء تروون عن أبى جعفر فى المرأه لا تكون على (ركبها) شعر، أ يكون هذا عيباً، فقال محمد بن مسلم. اما هذا نصاً فلا أعرفه و لكن حدثنى أبو جعفر عن أبيه عن آبائه عن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلّم أنه قال (كلما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب) فقال ابن أبى ليلى. حسبك هذا- فرجع الى القوم فقضى لهم بالعيب، ا ه.

و كل هذه الاعتبارات و المعانى حقائق قائمه بنفسها ليس لزياده القيمه و نقصها دخل فى صدق كونه عيباً أو غير عيب، أ لا ترى ان الحب اى قطع آله التناسل عيب بلا ريب لأنه خروج عن مقتضى حقيقه الإنسان الذكر و مع ذلك فهو مما يزيد قيمه المملوك قطعاً و لكن ذلك لا يخرجه عن كونه عيباً يوجب الخيار مع عدم العلم غايته انه لا موضع لطلب الأرش هنا إلا بتكلف ربما يأتى محل ذكره، و على كل حال فجعل

ضابط العيب هو زياده القيمه و نقصها و ان شاع فى كلمات كثير من فقهاء الفريقين و لكنه من الأوهام الشائعه و بعيد عن الحقيقه أشد البعد و قد عرفت ان جميع الصفات الكماليه وجودها يزيد فى القيمه و عدمها ينقصها طبعاً، و ليست هى بعيوب قطعاً.

(ماده: ۳۳۹) العيب القديم

هو ما كان موجوداً فى المبيع و هو عند البائع.

هذه الماده و ما بعدها-:

(ماده: ۳۴۰) العيب الذى يحدث فى المبيع

و هو فى يد البائع بعد العقد و قبل القبض حكمه حكم العيب القديم الذى يوجب الرد.

و (ماده: ۳۴۱) إذا ذكر البائع ان للمبيع عيب كذا و كذا

و قبل المشترى مع علمه بالعيب فلا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب.

و (ماده: ۳۴۲) إذا باع مالا على انه برى ء من كل عيب ظهر فيه فلا يبقى للمشترى خيار عيب.

هذه المواد لبيان شروط تحقق خيار العيب و مع فقد واحده لا يثبت الخيار و هى مع الاختصار- كون العيب قبل العقد أو قبل القبض و جهل المشترى به حين العقد أو قبله و عدم برأيه البائع من العيوب، أما

(ماده: ۳۴۳) من اشترى مالا و قبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك،

مثلا- لو اشترى حيواناً بجميع العيوب و قال قبلته محطماً مكسراً أعرج معيباً، فلا صلاحيه له بعد ذلك ان يدعى بعيب قديم فيه.

و (و ماده: ۳۴۴) بعد اطلاع المشتری علی عیب فی المبیع إذا تصرف فیه تصرف الملاک سقط خیاره،

مثلا- لو عرض المبیع للبیع کان رضا بالعیب، فلا یرده بعد ذلک.

هاتـان المادتـان لبیـان مسـقطات خیـار العیب، و قـد أنبأناک من قبل ان أهم مباحث الخیارات التی هی أهم أبواب البیوع- خیار الغبن و خیار العیب- و أهم مباحث خیار العیب ثلاث نواحی.

۱-: ضابطه العیب الذی یثبت به الخیار.

۲-: مسقطات هذا الخیار.

۳-: التنازع بین البائع و المشتری فی وجود العیب و عدمه، و حدوثه و قدمه و أمثال ذلک.

و قـد تقـدم الکلاـم فی الأـولی علی ابسـط بیان و أتقنه، و هـذا موضع القول فی الناحیه الثانیه، و هی من میادین السـباق لفرسان التحقیق، و سیأتی الکلام علی الثالثه قریباً إن شاء اللّه تعالی.

اما مسقطات هذا الخیار

اشاره

فهی ثلاثه.

مسقطات الرد فقط، و مسقطات الأرش فقط، و مسقطاتهما معاً،

اما مسقطات الرد

اشاره

فأمور.

الأول-: إسقاطه بعد العقد صریحاً قبل ظهور العیب أو بعده،

بـأن یقول: أسـقطت حق الرد لو ظهر عیب، ثم ان ظهر العیب یکون له الأـرش فقط اما لو أسـقط الخیار مطلقا فالظاهر سـقوطهما معا.

اما لو أطلق الالتزام بالعقد فالأرش لا يسقط.

الثانی-: التصرف فی المعیب سواء بعد ظهور العیب أو قبله

بمطلق التصرف أو خصوص التصرفات الناقله ای الموقوفه علی الملک کالبیع و الرهن و أمثالها أو خصوص ما دل علی الرضا و الالتزام بالعقد احتمالات بل أقوال، فیها لتضارب کلمات العلماء أوسع مجال، و أحق ما ینبغی ان یقال هنا من التحقیق ان التصرف لا یخلو اما ان یبقی معه مجال لإمکان الرد أو ینقطع به إمکان الرد شرعاً أو عرفاً کما لو وطئ الجاریه أو أحبلها أو نجز وقفیه الدار أو جعلها مسجداً و نحو ذلک، و لا إشکال فی ان مثل هذه التصرفات مانعه من الرد قولا واحداً و إذا ظهر العیب یتعین أخذ الأرش، و إذا بقی مجال للرد کما لو رکب الدابه أو لبس الثوب أو سکن الدار فان ظهر بهذا التصرف التزامه بالعقد و إسقاطه الرد- سقط و تعین الأرش و ان لم یظهر منه ذلک فالخیار باق بحاله ان شاء فسخ و ان شاء أمسک مجاناً أو بالأرش، و المرجع من الاخبار فی هذه القضیه مرسله جمیل فی الرجل یشتری الثوب أو المتاع فیجد به عیناً قال: ان کان الثوب قائماً بعینه رده علی صاحبه و أخذ الثمن و ان کان الثوب قد قطع أو خیط أو صبغ رجع بنقصان العیب، و الصحیح. أیما رجل اشتری شیئاً و به عیب أو عوار و لم یتبرأ الیه و لم ینبه فأحدث فیه بعد ما قبضه شیئا و علم بذلک العوار و بذلک العیب فإنه یمضی علیه البیع.

الثالث-: تلف العین أو ما هو بحکم التلف کالعتق و الرهن و نحوهما

فان الخیار یسقط هنا إجماعاً و ان لم نقل بالسقوط فی سائر الخیارات عند التلف فان الرد فی المرسله المتقدمه أنیط بقیام العین و أی قیام لها مع

التلف أو ما بحكمه بل لو انتقل الى الغير أو انعتق العبد قهراً فلا رد لعدم قيام العين فان الظاهر منه اعتبار بقائها على ملك المشترى، نعم يمكن الحاقه بالتصرف لا بالتلف و على كل فلو عاد الى ملك المشترى فالظاهر ان الخيار لا يعود بقاعده (الساقط لا يعود) و قيل يعود و لا يخلو من وجه ثم ان الأصحاب اتفقوا على ان وطئ الجاريه عيب يمنع من الرد بالعيب القديم و الأصل فى ذلك أخبار خاصه منها خبر طلحه قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل اشترى جاريه فوطئها ثم رأى فيها عيباً قال: تقوم و هى صحيحه و تقوم و بها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين القيمتين، و فى أخرى. كان القضاء الأول فى الرجل إذا اشترى الأمه فوطئها ثم ظهر على عيب ان البيع لازم و له أرش العيب، و استثنوا من هذا- الحامل- فان الحمل عيب ترد به الأمه فلو وطئها و هى حامل جاهلا أو مطلقا بردها مع نصف عشر قيمتها النكاحه إياها، و فى أخرى عشر قيمتها، و تحمل على البكر حيث يتحقق الحمل مع البكاره كما قد يتفق و يشهد له روايه ثالثه. ان كانت بكراً فعشر قيمتها و ان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها، و ربما يخص ذلك بالحامل من مولاها فإنها أم ولد تشبثت بالحريه فلا يجوز بيعها و التفصيل موكول الى محله.

الرابع -: من مسقطات الرد بالخصوص حدوث عيب عند المشتري

و تحرير ذلك ان العيب اما ان يكون قد حدث قبل العقد و بقى الى ما بعده و اما ان يكون حدوثه بعده اما قبل القبض أو بعده و الحادث بعد القبض اما ان يكون فى أثناء خيار المشترى أو فى أثناء خيار البائع أو فى

أثناء خيارهما و على جميع التقادير فاما ان يكون حدوثه بآفه سمائيه أو بمباشره بشر اما البائع أو المشترى أو أجنبى و يظهر حكم عامه هذه هذه الصور مما تقدم، و المقصود بالبيان هنا ان خصوص العيب الحادث عند المشترى بعد قبضه و انقضاء خياره مانع من الرد بالعيب المقارن للعقد سواء حدث فى حينه أو قبله، و لكن إذا كان العيب من فعل البائع أو أجنبى فهو مضمون عليه لا على المشترى و لا فسخ بل يستحق المشترى أرش العيب، و المراد هنا بالعيب الحادث المانع من الرد- هو الأعم من العيوب الموجبه للأرش الموجبه للخيار حسب ما سبق و من التغيرات الحسيه و المعنويه الموجبه نقصا فى الماليه- فمثل تبعض الصفقه و نسيان العبد الكتابه و خياطه الثوب و صبغه و قطع الأخشاب كلها مانعه من الرد ان أوجبت نقصا فى الماليه و ان لم تكن عيوباً اصطلاحيه أو عرفيه إلا إذا قلنا بان العيب مطلقاً هو ما يوجب نقص قيمه أمثاله لو لا هذا الوصف و على كل فهى كما عرفت مانعه من الرد اتفاقاً الا ما نسب الى الشيخ المفيد قدس سره من ان العيب الحادث لا يمنع الرد مطلقاً و هو خلاف المتفق عليه عند أصحابنا بل و عند أكثر فقهاء الجمهور.

نعم لو رضى البائع به على عيبه فلا إشكال لأن الحق بينهما فإذا تراضيا فلا مانع،،، هذا لب ما ينبغى ان يقال فى مسقطات الرد.

اما مسقطات الأرش فقط

اشاره

فأمران.

الأول-: ما لو اشترى ربويا بمثله فظهر فى أحدهما عيب،

مثلا- لو اشترى حنطه بمثلها وزنه بوزنه و ظهر فى إحداهن عيب فإن أخذ

الأرش لا یمکن لاستلزامه الربا و اجازه بعض فقهائنا و نسبه الی بعض الشافعیه بدعوی ان عدم الزیاده انما تعتبر فی المتماثلین فی ابتداء العقد و الأرش غرامه شرعیه لا تقدح فی العقد السابق حتی تغالی فجوز أخذ الأرش من جنس العوضین فضلا عن غیره و هو محل نظر فإن الأرش تدارک وصف الصحه فهو کجزء من المبیع و لذا قالوا: الأوصاف أجزاء عقیله، اللهم الا ان یقال ان الشارع فی الربویین قد ألغی وصف الصحه فصار سواء وجوده و عدمه و لذا لم یجوز وزنه ردیه بنصف وزنه جیده و ان تساویا فی القیمه و إذا سقط وصف الصحه شرعا فلیس الأرش سوی حکم خارجی، و المسأله معقده و قد التبس فی المقام العیب و الصحه بالجوده و الرداءه، و هی محتاجه إلی ضرب آخر من التحقیق لا یتسع له المجال

الثانی-: العیب الذی لا یوجب نقصا فی القیمه بل قد تزید به

و المثال المعروف له عند الفقهاء الخصاء فی العبید و لا یخلو من مناقشه و یمکن ان یکون منه العنب إذا فسد فإنه قد یطلب بأکثر من قیمته عنبا للتخلیل أو التخمیر و الأمثله غیر عزیزه.

الثالث-: ما یسقط الرد و الأرش معا،

اشاره

و هی أمور.

«أحدها» قبول المشتری کل عیب عند العقد

قدیمه و حادثه و هو إسقاط لحقه فیما یقتضیه العقد علی المعیب من الخیار.

«ثانیها» برأیه البائع من العیوب فی العقد تفصیلا أو إجمالا،

و مرجع البراءه هنا إلی إسقاط کلما للعیب من أثر من خیار أو أرش أو غیرهما أولًا و بالذات لا ثانیاً و بالعرض فلو تلف المبیع بالعیب السابق فی خیار

المشتری لم یسقط ضمان البائع و ان توهم البعض ذلک، و لا ریب ان القدر المعلوم من صحه البراءه من العیوب السابقه علی العقد، اما المتجدده الموجبه للخیار کالعیوب الحادثه قبل القبض أو الحادثه فی العبد إلی سنه فیشکل صحه البراءه منها لأنها إسقاط ما لم یجب و یمکن تصحیحها بان العقد یقتضی الخیار عند حصولها و یکفی لصحه الاسقاط وجود المقتضی فلیتأمل.

«ثالثها» علم المشتری بالعیب

فإن إقدامه علی المعیب مع علمه یسقط حقه من الخیار لان الخیار انما جعل تدارکا لجهله بالعیب فلا وجه له مع العلم.

ثم ان عد هذه الثلاثه من مسقطات الخیار مبنی علی ان وجود العیب بذاته مقتض للخیار فالبراءه تسقط اقتضائه، و الا فالعقد مع العلم بالعیب أو برأیه البائع منه أو قبول المشتری لم یثبت فیه خیار أصلا حتی یسقط بأحد الأمرین فهی من قبیل الدفع لا الرفع فلیتدبر.

«رابعها» زوال العیب قبل العلم به

سواء کان بعد القبض أو قبله و هو بالنسبه إلی تأثیره فی سقوط الرد ظاهر لأن المتبادر هو رد المعیب حال الرد لا رد ما کان معیبا، اما الأرش فقد ثبت بوجود العیب حین العقد و زواله حدث فی ملک المشتری فسقوطه بعد ثبوته یحتاج الی دلیل، و ربما تبنی المسأله علی قاعده (ان الزائل العائد کالذی لم یزل أو کالذی لم یعد) فیسقط الرد و الأرش علی الأول و لا یسقط شیء منهما علی الثانی و لکن لا اثر لهذه القاعده عند فقهائنا بل یتبعون فی کل قضیه ما یستفاد من دلیلها من الکتاب و السنه.

«خامسها» التصرف فی المعیب بعد العلم بالعیب

فإنه یسقطهما معاً اما سقوط الرد فظاهر، و أما سقوط الأرش فلأن التصرف دلیل علی الرضا بالمعیب، و دعوی ان الرضا بالمعیب لا یدل علی الرضا بالعیب مدفوعه بأن ظاهر الرضا بالشی ء قبوله علی الإطلاق، أی من دون قید الأرش و کذا.

«السادس» و هو التصرف فی المعیب الذی لم تنقص قیمته

فان الرد یسقط بالتصرف و الأرش ساقط بعدم النقص.

«سابعها» تأخیر الرد و المطالبه بالأرش

بناء علی فوریه هذا الخیار کما لا یبعد.

و قد تذکر مسقطات أخری و لکن ما ذکرناه أشهرها و أظهرها و جدول المسقطات عموماً کما یلی مسقطات الرد فقط.

(۱) إسقاط الرد فی العقد و التزام الأرش لو ظهر معیباً.

(۲) تصرف المشتری فی المبیع تصرفا مانعا من الرد.

(۳) تلف العین عند المشتری.

(۴) حدوث عیب عند المشتری و منه تبعض الصفقه.

مسقطات الأرش فقط.

(۵) العقد علی ربویین و قد ظهر العیب فی أحدهما.

(۶) العیب الذی لا یوجب نقص القیمه.

مسقطاتهما معاً

(٧) العلم بالعيب قبل العقد (٨) برأيه البائع من العيوب فی متن العقد.

(٩) قبول المشتری بكل عيب فی متن العقد.

(١٠) زوال العيب قبل العلم به (١١) التصرف فی المعيب الذی لم ينقص العيب قيمته.

(١٢) حدوث العيب فی المعيب الذی لم ينقصه العيب.

(١٣) تأخير الأخذ بالخيار فسخاً أو أرشاً أو إمضاء.

و الی بعض هـذه المسـقطات أشارت (المجله) فی ماده (٣٤١) المتضـمنه ان قبول المشتری مسقط و ماده (٣٤٢) المتضمنه برأيه البائع و ماده (٣٤٣) هی عين ماده (٣٤١) و ان تضـمنت عدم سماع دعواه بعد قبوله بالمعيب و ماده (٣٤٤) المتضمنه ان التصرف بعـد العلم بالعيب مسـقط للخيار و ماده (٣٤٥) المشـتمله علی بيان ان حـدوث العيب الجديد عند المشتری يسـقط الخيار بالعيب القديم، فانتصـرت علی ذكر أربعه من المسقطات (القبول، البراءه، التصرف، حدوث العيب الجديد) و أهملت ذكر تسعه علی أن الذی ذكرته لم تميز فيه بين مسـقط الرد فقط من مسـقط الأرش أو مسقطهما معاً، و هذه ومضه مما ذكره أصحابنا فی هذا المقام ليس لنا فيه الا طرافه البيان و حسن التحرير.

ثم ان التصرف كما أشرنا إليه سواء كان موجباً للتلف الحقيقی أو الحكمی أم لا، و سواء كان دالا علی الرضا أم لا، لا يوجب الا سقوط الرد و له المطالبه بالأرش فما فی (ماده ٣٤٤) لو عرض المبيع للبيع بعد اطلاعه

على عيب قـديم فيه كان عرضه للبيع رضا بالعيب إلـخ، غير منقـح لما عرفت ان الرضا بالمعيب ليس رضًا بالعيب فكان اللازم ان تقول لا برده و له المطالبه بالأرش.

(ماده: ۳۴۶) نقصان الثمن يصير معلوماً باخبار أهل الخبره الخالين عن الغرض،

و ذلـك بـان يقوم الثوب سالمـاً ثم معيبـاً فمـا كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسـمى و على تلك النسـبه يرجع المشترى على البـائع بالنقصـان إذا تسـالم المتبايعان على وجود العيب القـديم و على مقـدار التفاوت بين الصـحيح و المعيب فلا إشـكال فى انه ينقص من الثمن المسمى بمقدار ذلك التفاوت إذا كان المسمى مساوياً للقيمه كما لو كان قيمه الصحيح عشرين و هى المسـمى و المعيب خمسه عشـر فيرجع بـالربع، امـا لو كانت صـحيحاً أزيـد من المسـمى و معيباً مساويه أو أقل، انقص من المسـمى بتلك النسبه، و كذا لو كان سالماً و معيباً أنقص من المسمى، أو سالماً و معيباً أزيد من المسمى، و قد مثل لهذه الصور الأربعه فى (المجله) بقوله:

مثلا- لو اشترى ثوب قماش بستين قرشاً و بعـد ان قطعه و فصـله اطلع المشترى على عيب قديم فيه فقوم أهل الخبره ذلك الثوب سالماً بستين قرشاً أيضاً و معيباً بالعيب القـديم بخمسه و أربعين قرشاً كان نقصان الثمن بهذه الصوره خمسه عشـر قرشاً فيرجع بها المشترى على البـائع و لو أخبر أهـل الخبره ان قيمه ذلـك الثوب سالمـاً ثمـانون قرشـاً و معيبـا سـتون قرشـاً فيمـا ان التفـاوت بين القيمتين عشرون قرشا و هى ربع الثمانين قرشا

فللمشترى أن يطالب بخمسه عشر قرشاً التى هى ربع الثمن المسمى و لو أخبر أهل الخبره ان قيمه ذلك الثوب سالماً خمسون قرشاً و معيبا أربعون قرشا فبما ان التفاوت الذى بين القيمتين عشره قروش و هى خمس الخمسين قرشا يعتبر النقصان خمس الثمن المسمى و هو اثنا عشر قرشا.

اما لو اختلفا فى كونه معيبا أم لا أو اتفقا و اختلفا فى التفاوت بين الصحيح و المعيب فالمرجع فى المقامين الى أهل الخبره بتلك السلعه فى أصل العيب و فى قدر التفاوت، و المراد بأهل الخبره- العارف المتخصص بمزاولة تلك السلعه، الخبير بتلك الصنعه، بيعا و شراء أو عملا كالبزازين فى الأقمشه و الصياغين فى الحلى و هكذا، ثم الرجوع اليه و الاعتماد على قوله اما ان يكون من باب الاخبار عن القيمه السوقيه، و ان هذه الحنطه تباع اليوم فى السوق بكذا فهو حينئذ اما من باب الشهاده فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشاهد من الحس و العداله و التعدد و ان كان من باب خبر الواحد و قلنا باعتباره فى الموضوعات كفى العدل الواحد و اما ان يكون اخباراً عن رأيه و انه بحسب معرفته و مزاولته لهذا النوع يعرف مزايا أصنافه و افراده و يقول: ان هذا ينبغى ان تكون قيمته كذا من دون نظر الى ان قيمته السوقيه كذلك أم لا- فهو حينئذ من باب الفتوى و نظير الاجتهاد فى باب الاحكام و تعيين حكم المفهوم الكلى لا- يلزم فيه التعدد و لا- الحس و تكفى العداله فقط أى حصول الاطمئنان بمعرفته ثم بقوله و أما ان يكون من باب التطبيق و تعيين المصداق فقط بان يكون احكام

الأنواع و الكليات فى السوق معلومه و انما الشك فى انـدراج هـذا الفرد بأى الأنواع فالعارف الخبير يعين أنه من النوع الفلانى و قيمته معلومه فيكون أشـبه ببـاب الحكومه و القضـاء فلاـ يحتـاج الى التعـدد أيضاً، و يكفى الاطمئنان و الثقه، و خير هـذه الوجوه الثلاـثه أوسـطها فـإنه من باب رجوع الجاهل الى العالم، و يسـمى فى الأحكام فتوى و اجتهاد و فى الموضوعات رجوع الى أهل الخبره و الملاک فى المقامين واحد فليتدبر.

فلو اختلف المقومون فقيـل يؤخـذ بالأقل للأصل و قيل بالأكثر لأنه مثبت و قيل بالقرعه لأنها لكل أمر مشـكل نظراً لعـدم إمكان اليمين لجهـل كل من المتبايعين بالواقع حسب الفرض، و يحتمل تعين إلزام الحاكم لهم بالصـلح، و الأصـح لزوم الجمع و العمل بكلا القولين و لو فى الجمله فإذا قال أحدهما قيمته مثلا سـته و قال الآخر أربعه أخذنا نصف السته ثلاثه و نصف الأربعه اثنين و جعلنا القيمه خمسه و هكذا، و مدرک تعين هذه الطريقه أمران أحدهما (قاعده العدل) التى ذكرناها فى القواعد العامه.

ثانيهمـا-: (قاعـده ان العمل بالـدليلين المتعارضـين) و لو فى الجمله أولى من طرح أحـدهما تماماً و العمل بالآخر، و لـذا حكموا بالتنصـيف فيمـا لو تعـارضت البينتان فى دار بيـد رجلين يـدعيها كل منهما و فيه جمع بين الحقين فى الجمله و حرمان واحـد فى الواقع من بعض حقه اولى من ارتكـاب مـا يوجب حرمان صاحب الحق. تماما و كل من هـذين الـدليلين مقنع و ان سالت أباطح الجدل باعناق

المناقشات و الإشكالات عليهما، ثم ان الاختلاف اما ان يكون فى قيمه المعيب فقط. أو فى قيمه الصحيح فقط. أو فيهما معا. فان كان الاختلاف مؤلفاً من اثنين جمعت القيمتان و أخذ النصف. و ان كان من ثلاثه أخذ الثلث و هكذا.

هذا بعد الاتفاق على العيب. اما لو اختلفا فيه فقال واحد انه صحيح لا عيب فيه. و قال الآخر: أنه معيب فلا ينبغى الإشكال فى أن قول مدعى الصحه مقدم الا ان تكون هناك قرائن مقاميه ترجح قول الآخر الذى هو على خلاف الأصل. و هاهنا أبحاث جمه. و تحقيقات مهمه. تطلب من مؤلفاتنا المبسوطه. و هذه ومضه من تلك البروق كافيه إن شاء اللّه.

(ماده: ۳۴۷) إذا زال العيب الحادث صار العيب موجبا للرد على البائع.

حق المعنى الصحيح ان يقال: عاد الخيار بالعيب فاما الفسخ أو الإمساك مجانا أو بالأرش، و هذا مبنى على القاعده المتقدمه فى ضمن القواعد العامه- إذا زال المانع عاد الممنوع و كان العيب الجديد مانعاً فإذا زال عاد الخيار بالعيب القديم. ثم ان من المعلوم أن ما ذكروه من ان العيب الحادث عند المشترى يمنع من الرد بالعيب القديم أى الذى كان عند البائع و ان المشترى ليس له الا المطالبه بالأرش. كل ذلك معناه أن المشترى لا حق له ان يلزم البائع بقبول المعيب بالعيب الجديد و حاصله أنهما تساويا فى السبب فسقط عن التأثير و ليس مراعاه أحدهما بأولى

من مراعاه الآخر، أما لو رضى البائع رد الثمن و أخذ المعيب الحادث و القديم، فذاك تنازل منه و ليس للمشترى أن يلزمه بالأرش بالضروره و هو الوجه فى

(ماده: ۳۴۸) إذا رضى البائع أن يأخذ المبيع الذى ظهر به عيب قديم

بعد أن حدث به عيب عند المشترى و كان لم يوجد مانع للرد فلا يبقى للمشترى صلاحيه الادعاء بنقصان الثمن بل يكون مجبوراً على رد المبيع إلى البائع أو قبوله،،، أما لو كان قد حصل مانع من الرد كالإسقاط أو زوال العيب قبل العلم فلا رد بل و لا أرش، أو ما أشير إليه فى (المجله) بقولها: حتى ان المشترى إذا باع المبيع بعد الاطلاع على عيبه القديم فلا يبقى له حق فى أن يدعى بنقصان الثمن، مثلا- لو أن المشترى قطع الثوب الذى اشتراه أو فصله قميصاً ثم وجد به عيباً و بعد ذلك باعه فليس له ان يطلب نقصان الثمن من البائع لأن البائع له أن يقول: كنت أقبله بالعيب الحادث، فبما أن المشترى باعه كان قد أمسكه و حبسه عن البائع.

و جدير هنا بان يتفطن بأنه لا داعى لهذا التطويل الذى هو بغير جدوى و لا طائل إذ قد عرفت فيما مر عليك أن تصرف المشترى بالمعيب بعد اطلاعه على العيب يسقط أصل خياره فلا فسخ و لا أرش و لا غير ذلك و صار العقد السابق لازما فلو باعه المشترى مع علمه بعيبه فقد التزم به و مضى عليه و لا حاجه الى قول البائع إنى كنت أقبله بالعيب الحادث و عدم قوله، و هذا من قبيل ما يقول أهل المعقول من باب التعليل

بالعرضى مع وجود الذاتى فإن عدم حقه بالمطالبه بالنقيصه من جهه تصرفه بعد الاطلاع لا من جهه قول البائع و عدم قوله.

و قد ذكرت (المجله) فى بعض موادها المتقدمه قريباً ان تعريضه للبيع مع علمه مسقط لخياره فكيف بوقوع البيع منه، و قولنا ان حدوث العيب يمنع الرد و له المطالبه بالنقصان انما هو حيث لا تصرف، اما مع التصرف و العلم فقد انتهى كل شى ء. فتدبره و لا تفوتك هذه المزايا فى الزوايا.

و «القصارى» أنه قد ظهر لك من المباحث السابقه جلياً أن موضع تعين الأرش هو تصرف المشترى فى المعيب قبل العلم بالعيب تصرفا يمنع من الرد. و التصرف المانع من الرد هو الذى لا يبقى معه صدق كون المعيب قائما بعينه فان النص جعل قانون الرد هو قيام العين كما فى مرسله جميل المتقدمه: ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و ان كان قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب. ا ه. و هذا هو الذى تريد (المجله) بيانه فى ماده (۳۴۹) كل موضع لا يمكن للمشترى فيه ان يرد المبيع القائم فى ملكه للبائع بدون رضائه أو برضاه إذا أخرج المبيع عن ملكه (اى قبل علمه بالعيب) يرجع على بائعه بنقص الثمن، بناء عليه الزياده المتصله الغير متولده. و هى ضم شى ء من مال المشترى و علاوته الى المبيع تكون مانعا من الرد. مثلا- ضم الخيط و الصبغ الى الثوب بالخياطه و غرس الشجر فى الأرض من المشترى مانع من الرد. و بناء على الضابطه التى عرفتها للرد و عدم الرد تعلم ان الزيادات تختلف فى ذلك من حيث

صـدق قيام العين و عـدم صـدقه، و تحرير المقام يحصل بتنقيح ان الزياده أما متصـله أو منفصـله، و المتصـله إما لانضـمام جسـم خارجى إليها أو بنمو من نفسـها و لو بسـبب خارجى، و المنفصـله اما متولـده أو غير متولده، فالأولى كالصـبغ و الخياطه و غرس الأشـجار و كلها تمنع من الرد لعـدم صـدق قيام العين معها، أما الثانيه فهى مثل سـمن الـدابه و كبرها و قوتها، و هذه لا تمنع من الرد ضـروره صـدق قيام العين، أما الثالثه فمثل الشاه إذا ولـدت و الجاريه إذا حملت. بناء على ان الحامل و الحمل كالمظروف و الظرف فهى مبتنيه على ان الحمـل فى الجـاريه عيب يـوجب الرد كمـا هـو المتفق عليه عنـد أصـحابنا و حينئـذ يكون حـدثه عند المشترى مانعـاً من الرد بعيب آخر قـديم و لكنهم مع اتحـاد ملاك المسألتين اختلفوا هنا بين قائل بأنه مانع مطلقا و بين من قيـده بمـا إذا كـان موجبـاً لنقص الجاريه، و قيل ليس بعيب كما هو الأشـهر فى غير الجاريه كالشاه و نحوها من الحيوانات و «بالجمله» فالمسـئله لاـ تخلو من نظر و فيها خلاف مترامى الأطراف بين أصـحابنا، و إذا رجعنا إلى الضابطه و هى صـدق قيام العين نجـدها أشـكل لعـدم وضوح ان هـذا المقدار من التغيير يمنع صدق قيام العين أم لا كما ان صدق العيب عليه غير معلوم فبعض يقول إنه زيـاده، و آخر يقول انه زياده و لكنها فى المعنى نقيصه لأنها معرضه للخطر خصوصاً فى الجاريه التى يمنعها الحمل من كثير من الاعمال فضـلا عن خطر الولاده و الوضع هذا فى الحمل الذى ليس هو بتصرف المشترى، إماما كان بتصرفه فلا إشكال فى كونه مانعاً من الرد لأن الوطء من التصرفات

المـانعه اتفاقاً كمـا سـبق و ان لم يكن مغيرا للعين فضـلا عمـا إذا غيرهـا بالحبـل و عنـد الشك فى مورد فلا بـد من الرجوع الى الأصول العامه المقرره للرجوع إليها عند الشك و عدم الدليل القاطع.

(أمـا الصوره الرابعه) أعنى الزيـاده المنفصـله كـالحنطه من الأـرض و التمر من النخل و الأجره من الـدار و أمثال ذلك فلا ينبغى الإشـكال فى انها غير مانعه من الرد مطلقا لصدق قيام العين بالضـروره و من هنا يظهر لك وجه تقييد (المجله) الزياده المانعه من الرد بأنهـا هى المتصـله الغير متولـده فإنهـا هى القـدر المتيقن من الزياده اما ما عـداها فبين ما هو محل خلاف و بين ما هو متيقن بعدم المنع فليتدبر.

(ماده: ۳۵۰) إذا وجد مانع للرد ليس للبائع ان يسترد المبيع

و لو رضـى بـالعيب الحادث بل يصـير مجبوراً على إعطاء نقصان الثمن حتى انه بهـذه الصوره لو باع المشترى المبيع بعـد اطلاعه على عيب قـديم فيه كان له ان يطلب نقصان الثمن من البائع و يأخذه منه، مثلا- ان مشترى الثوب لو فصل منه قميصاً و خاطه ثم اطلع على عيب قـديم فيه ليس للبـائع ان يسترده و لو رضـى بـالعيب الحادث بل يجبر على إعطاء نقصان الثمن للمشترى و لو باع المشترى هـذا الثوب أيضـاً لاـ يكون بيعه مانعـاً له من طلب نقصـان الثمن و ذلـك لأـنه حيث صار ضم الخيط الـذى هو من مال المشترى للمبيع مانعـاً من الرد و ليس للبـائع فى هـذه الحـاله استرداد المبيع مخيطـاً فلا يكون بيع المشترى حينئـذ حبساً و إمساكاً للمبيع.

هذا البيان على طوله مشوش مختل و المعنى الصحيح فيه أنه إذا تصرف

المشترى فى المبيع قبل علمه بالعيب تصرفا مانعا من الرد فليس له إلزام البائع بأخذه، و لا للبائع ان يلزمه برده بل الوظيفه المقرره هنا أخذ الأرش. فإذا طلبه المشترى صار البائع مجبوراً على دفعه، اما لو تراضيا و اتفقا على رده فلا إشكال فى صحته لأن الحق بينهما فيكون المشترى أسقط حقه من الأرش و البائع أسقط حقه من التصرف و تراضيا على الفسخ ورد كل مال الى صاحبه كالإقاله أو هى بنفسها، اما لو امتنع المشترى فليس للبائع جبره على رد العين، لا لقضيه ان ضم الخيط الذى هو مال المشترى صار مانعاً بل من أجل ان مثل هذه التصرفات أعنى مثل القطع و الخياطه و الصبغ تمنع صدق قيام العين الذى هو ملاك صحه الرد سواء باعه المشترى أم لا، فتدبر هذا جيداً.

(ماده: ۳۵۱) ما بيع صفقه واحده إذا ظهر بعضه معيباً

فان كان قبل القبض كان المشترى مخيراً ان شاء رد مجموعه و ان شاء قبله بجميع الثمن و ليس له ان يرد المعيب وحده و يمسك الباقى و ان كان بعد القبض فإذا لم يكن فى التفريق ضرر كان له أن يرد المعيب بحصته من الثمن سالماً و ليس له ان يرد الجميع حينئذ ما لم يرض البائع و اما إذا كان فى تفريقه ضرر رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن مثلا لو اشترى قلنسوتين بأربعين قرشا فظهرت إحداهما معيبه قبل القبض بردهما معاً و ان كان بعد القبض يرد المعيبه وحدها بحصتها من الثمن سالمه و يمسك الثانيه بما بقى من الثمن، اما لو اشترى زوجى خف فظهر أحدهما معيباً بعد القبض كان له ردهما معاً للبائع و أخذ ثمنهما منه.

تحریر هـذه الماده علی وجه التهـذیب و التنقیح، بحیث تنکشف الرغوه عن اللبن الضـریع. یحتاج الی مقدار من البسط فی البیان فنقول و منه تعالی نستمد المعونه.

أن تبعض الصـفقه لا یتحقق أو البیع صـفقه واحده لا یتحقق موضوعه طبعاً الا بتحقق تعدد ما، و التعدد اما ان یکون فی الثمن أو المثمن و اما ان یکون فی البائع أو یکون فی المشتری فالصور اربع-:

اما (الاولی) و (الثانیه) و هو ما لو اشتری شیئا واحـداً بدراهم أو دنانیر مثلا و ظهر العیب فیه أو فی واحد منهما. أو اشتری أشـیاء بدینار فظهر العیب فیه أو فی واحد منها فلیس للبائع أو المشتری تعددا أو اتحدا ان یفسخ فی المعیب منها و یقبل الصحیح بنسبته من الثمن لأن العیب ان کان فی المبیع الواحـد أو الثمن الواحد. فان فسخ فی جزء معین منه أو مشاع اسـتلزم الشـرکه و هی عیب یمنع من الرد و حینئـذ فامـا ان یقبـل الجمیع و یطـالب بالأـرش. و مـا ان یفسـخ فی الجمیع. و ان کان العیب فی واحـد من الثمن المتعـدد أو المبیع المتعـدد فالفسـخ فی المعیب المعین منهـا یسـتلزم التفریق علی البـائع و هو نقص مانع من الرد و قـد یکون فی تفریق أمواله ضـرر علیه سواءً کانا من قبیل المصـراعین أو الخفین. أو من قبیل الثوبین أو الکتابین المتباینین فان الضرر لا ینحصر فی الأـول غـایته ان الضـرر فیه أظهر و أکثر و لو قیل لا مانع من ان المشتری یجوز له الرد بخیار العیب و یجبر البائع دفعا لضـرره بخیار تبعض الصفقه و یکون بهذا جمع بین الحقین قلنا ان هذه استحاله ظاهره فان

معنى ان للمشترى الرد بالخيار ان له سلطنه إمساك الصحيح و رد المعيب فلو جعلنا للبائع أيضاً خياراً لكان معناه ان له سلب تلك السلطنه فيكون من قبيل ما يقال هذا أمر- يلزم من وجوده عدمه- فسلب سلطنته من أول الأمر بمنعه من رد المعيب و إبقاء الصحيح فقط اولى و أقوم من هذا و أقوى ان تقول: ان القدر المعلوم من أدله خيار العيب عامه أو خاصه هو ان له الخيار فى رد الجميع أو إمساك الجميع مجانا أو بالأرش، اما إمساك البعض ورد البعض فهذا مما لم ينهض عليه دليل أصلا و أصاله اللزوم فى العقود تدفعه بل تمنعه، نعم لو وقع العقد على شيئين بثمنين كما لو قال:

بعتك الثوب بدينار و الكتاب بدرهم و ظهر فى أحدهما عيب أمكن القول بجواز الفسخ و إمساك الآخر لأنه بحكم عقدين على شيئين و ان كان فى الظاهر عقداً واحداً، و مع ذلك فلو كان فى هذا التفريق ضرر على البائع و لو. نوعاً منعناه أيضا، و قد تبنى المسأله على ان المعيب عرفا أو حقيقه و لو بالاعتبار هل هو تمام المبيع و لو باعتبار جزئه فلا يجوز حينئذ إلا رد الجميع أو المعيب هو خصوص ما تعلق العيب به و هو البعض المعين فيجوز رده بخصوصه بخيار العيب و قاعده (المعيوب مردود) اما البعض الآخر و هو الصحيح فلا سبب فيه للرد و هذا الوجه و ان كان لا يخلو من وجاهه و لكنه لا يخلو من نقاش و الأصح فى وجه المنع ما ذكرناه و صرح بعض الاعلام انه لو رضى البائع يأخذ المعيب جاز لأن الحق لا يعدوهما و هذا يؤيد ما ذكرناه قريبا من ان البائع لو رضى بأخذ المعيب بالعيب الحادث صح و كان كالإقاله فتذكر

أما (الصوره الثالثه) فهی ما لو باع اثنان دارهما المشترکه و ظهر فیها عیب و أراد المشتری ان یفسخ حصه أحدهما فلا ینبغی الإشکال فی جوازه إذ لا ضرر علی أحدهما بل العقد فی الحقیقه عباره عن عقدین فلا مانع من فسخ أحدهما دون الآخر و هو واضح.

أما (الصوره الرابعه) و هی إذا اشتری اثنان دار واحد و ظهر فیها عیب و أراد أحدهما الفسخ و هنا لا إشکال فی لزوم تبعض الصفقه الواحده علی البائع الواحد و لزوم الضرر علیه فی تبعض داره و دخول الشریک علیه فیها فالمنع فیها لعله أظهر من سائر الصور.

و قد تزید الصور علی ما ذکرنا بترکیب بعضها مع بعض و حکم الجمیع یظهر مما ذکرناه.

و أحسب انک عرفت مواضع الخدشه فی هذه الماده فإن التفصیل بین ما قبل القبض و ما بعده لا وجه له و الحکم فی الجمیع سواء، ثم التفصیل ثانیاً بین ما هو من قبیل القلنسوتین أو الخفین أیضاً لا وجه له فان نفص التفریق و تبعیض الصفقه عیب و ضرر فی الغالب فهو من العیوب الحادثه المانعه من الرد و یصدق معه عدم قیام العین لأن المراد بالعین المبیع و هو المجموع لا أبعاضه فلیتدبر.

و علی هذه القاعده و الملاک تتمشی-:

(ماده: ۳۵۲) إذا اشتری شخص مقداراً معیناً من المکیلات و الموزونات

- بل و العددیات- و بعد قبضه وجد بعضه معیباً کان مخیراً ان شاء قبله جمیعاً و ان شاء رده جمیعاً.

اما رد المعیب و إمساک الصحیح فلا، لعدم مساعده الدلیل علیه أولا و للزوم الضرر علی البائع ثانیاً، و لعدم صدق قیام العین ثالثاً، و ان کان الحکم هو المنع فی المکیلات و أخواتها فجریانه فی غیر المکیلات کالدار و العقار و الأقمشه بطریق أولی.

(ماده: ۳۵۳) إذا وجد المشتری فی الحنطه و الشعیر و أمثالهما من الحبوب المشتراه تراباً

فان کان ذلک التراب یعد قلیلا فی العرف صح البیع، و ان کان کثیراً بحیث یعد عیباً عند الناس یکون المشتری مخیراً هذه الماده و التی بعدها.

(ماده: ۳۵۴) البیض و الجوز و ما شاکلهما إذا ظهر بعضها فاسداً

فما لا یستکثر فی العاده و العرف کالاثنین و الثلاثه فی المائه یکون معفواً و ان کان الفاسد کثیرا کالعشره فی المائه کان للمشتری رد جمیعه للبائع و استرداد ثمنه کاملا.

مرجعهما إلی العاده و العرف فإنهم یتسامحون بمثل هذه الأجناس تسامحاً بالصدق أو المصداق و لکن الی حد مخصوص فإذا تجاوز ذلک الحد و أخفاه البائع أو لم یعلمه المشتری کان عیباً بل ربما تنطبق علیه عناوین اخری کالغبن و التغریر و الغش و التدلیس و الخدیعه و أمثالها و کلها محرمه تکلیفاً کما هی محرمه وضعاً ای ذات اثر وضعی و هو استحقاق الفسخ أو أخذ التفاوت.

و لیس فی الإسلام غش و لا خدع و لا خیانه، و من النبویات المشهوره (من غشنا فلیس منا) و (لا غش فی الإسلام) و أمثالها کثیر، و علی

كـل فالتسامـح فى مثـل الأطعمه و الجوز و البيض و البطيـخ و القثاء و أمثالها مما لا اشـكال فيه إذا كانت ذات كميه كثيره لا فى الواحـده و الاثنتين و الثلاث، و لكن لا يمكن تحديد ذلك التسامح و تعيين ضابطه له بأنه ثلاثه فى العشـره أو أقل أو أكثر و فى تراب الحنطه إنه ربع أو ثمن فى الحقه أو انقص أو أزيـد بـل يختلف ذلـك باختلاـف البلـدان و الأشـخاص و الأزمـان، على ان تحقق التسامـح العرفى فى مثل الجوز و البيض حتى فى الواحـده و الاثنتين غير معلوم فإذا ظهرت فاسده قد يطلبون اسـتبدالها إلا إذا كـانت واطئه القيمه جـداً كفلس أو أقل، نعم لا إشـكال فى التسامـح فى مثل التراب فى الحنطه و الماء فى اللبن، و يمكن ان نجعـل الضـابطه وجوده الاسـتقلالى و وجوده الفنـائى فـإذا كان التراب بحيث يرى و يشاهـد بين الحنطه كان عيباً و إذا كان فانيا بحيث لا يرى الا بعد الغربله و التصـفيه كان غير قادح، و مع الشك و عدم معرفه حال العرف أو ترددهم فالمرجع إلى الأصول و هى تقتضى لزوم العقد و عدم الخيار و لكن له المطالبه بالنقيصه فليتدبر

(ماده: ۳۵۵) إذا ظهر المبيع كله فاسداً لا ماليه له

فلا إشكال فى أن البيع من أصله فاسد لأنه يتقوم بالعوضين و مع فقد أحدهما لا بيع.

الى هنا انتهى كلام (المجله) فى مباحث خيار العيب و بقيت المسأله الثالثه من المسائل الثلاث التى ذكرنا أنها أهم ما فى مباحث هـذا الخيار و هى مسأله الاختلاف و التنازع بين المتعاقدين لم تذكر (المجله) شـيئاً منها مع أهميتها و كثره فروعها، و نحن نذكر رءوس مسائل الخلاف

کرءوس أقلام و ندع استخراج حکمها الی (طلاب الحقوق) کتمرین عملی علی قوه الاستنباط فان هذه المسائل أعنی مسائل الخصومه و الخلاف علی اختلاف إشکالها و أنحائها لیس فیها نصوص خاصه، و انما یستخرج الفقهاء أحکامها من القواعد العامه التی مر علیک أکثرها فی أوائل (الجزء الأول) فإن کنت أتقنت دراستها جیداً قدرت علی استخراج هذه الفروع بقلیل من التأمل إن شاء اللّه.

و المبحوث عنه من مسائل الخلاف هو خصوص ما یتعلق بالعیب، اما الخلاف فی مقدار المبیع أو جنسه أو قدر الثمن أو نوعه فهذه خلافات عامه فی مطلق البیوع لیس محل ذکرها هنا.

إذاً فتنحصر مسائل الخلاف فی خیار العیب فی ثلاث عناوین.

اشاره

الأول-: فی موجب الخیار و هو العیب.

الثانی-: فی مسقطه.

الثالث-: فی حصول الفسخ و عدمه.

أما الأول ففی مسائل.

الاولی-: لو اختلفا فی أصل حدوث العیب فادعاه المشتری و أنکره البائع، و حکمه واضح.

الثانیه-: فی کون الصفه الحادثه عیباً أو لیست بعیب کما لو صارت الدابه بطیئه السیر أو العبد کثیر النوم حیث لا یمکن الرجوع الی أهل الخبره، أو لم یکن عندهم حل هذه العقده، و هکذا فی سائر مواضع الخلاف.

الثالثه-: لو اتفقا على العيب و اختلفا أنه هل كان حدوثه عند البائع فيوجب الخيار أو عند المشترى فلا خيار، فاستخراج حكمها لا يخلو من غموض و فى طيها صور فتاره يعلم تاريخ العقد و يجهل تاريخ الحدوث و اخرى بالعكس، و ثالثه يجهل تاريخهما معاً.

الرابعه-: لو اتفقا على ان هذه العين معيبه بعيب قديم و لكن البائع يقول: ليست هى العين التى بعتها لك، و المشترى يقول: هى، و حكمها أيضاً غامض.

اما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط

ففى طى مسائل أيضاً.

الاولى-: لو اختلفا فى علم المشترى بالعيب و عدمه و حكمه واضح.

الثانيه-: لو اختلفا فى برأيه البائع و عدمها و هو أوضح، و فيه روايه ان القول قول مدعى البراءه، و لكنها ضعيفه و مختصه بموردها و هى مكاتبه جعفر بن عيسى.

الثالثه-: لو اختلفا فى زوال العيب قبل العلم به و استخراج حكمه يحتاج إلى تأمل الرابعه-: لو اتفقا على زوال العيب و لكن البائع يقول: هو القديم و المشترى يقول هو الجديد، و هو كسابقه.

الخامسه-: لو اختلفا بعد الاتفاق على عيب قديم فى عيب مشاهد انه قديم أيضاً أو حادث عند المشترى السادسه-: لو ادعى البائع رضا المشترى بالعيب بعد علمه به أو ادعى إسقاط الخيار أو تصرفه المسقط لخياره أو حدوثه عند المشترى و أنكر

المشتری کل ذلک.

و أما الثالث و هو الاختلاف فی الفسخ

ففیه أیضاً مسائل.

الأولی-: لو اختلفا فی الفسخ بعد انقضاء زمن الخیار أو فی أثنائه فادعی المشتری أنه فسخ و أنکر البائع، و إذا لم یثبت الفسخ و الفرض أن العیب الموجب محقق فهل یستحق الأرش کی لا یخلو من الحقین أم لیس له ذلک لاعترافه بالفسخ، و احتمل بعض الاعلام ان له أقل الأمرین من الأرش و ما زاد من الثمن علی القیمه إن کانت زیاده لأنه بزعمه یستحق الثمن، و علیه رد القیمه ان کانت العین تالفه فیقع التقاص فی القیمه من الثمن و الزائد منه ان کان أقل من الأرش أخذه و الا أخذ الأرش، فلیتأمل.

الثانیه-: لو اختلفا بناء علی فوریه خیار العیب فی ان الفسخ وقع فوراً أو تأخر و فی طیها أیضاً صور.

الثالثه-: لو اختلفا فی علم المشتری بالخیار و جهله أو علمه بفوریه هذا الخیار و عدم علمه و ذاک فیما لو ادعی المشتری بعد العلم بالعیب انه انما لم یفسخ لجهله بان له الخیار أو یعلم بان له خیار و لکن کان جاهلا بفوریته و أنکر البائع ذلک، و علیک أیها الطالب بالتأمل التام فی هذا المقام فان مرجع أکثر الصور الی تعاقب الحالتین المجهولتی التاریخ أو ما تکون إحداهما معلومه التاریخ و الأخری مجهوله، و الی الاستصحاب و أصاله تأخر الحادث و أشباه ذلک.

(الفصل السابع) خيار الغبن و التغرير

اشاره

و البحث فيه يقع من ثلاث نواحى- الموضوع، و الحكم، و الدليل معنى الغبن و مقداره، و تأثيره، و مدركه.

أما الأولى-: فأصله لغه الخدع

و وسطه يحرك فيكون فى الرأى و يسكن فيكون فى المال و المعامله، و بهذا المعنى استعمله الشارع و المتشرعه و قيدوه ببعض الاعتبارات فقالوا: هو تمليک ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر، و هذا تعريف له من جهه الغابن، أما من جهه المغبون فيكون تملک مال بأزيد من قيمته و تخصيصه بجهل الآخر غير متجه مع انا تجد الاستعمال أوسع من ذلک عرفاً بل و لغه، الا ترى ان العارف بالشى ء قد يخدعه غيره بلباقته فيضله على علمه و يخدعه على معرفته فيكون علمه معه فلا ينفعه،

و لكن فقهاء الفريقين اعتبروا فى تحقق موضوع الغبن المبحوث عنه اتصافه بشرطين.

الأول-: عدم علم المغبون بالقيمه

فلو كان عالماً و اشتراه بأكثر فلا غبن و لا خيار فيختص بالجاهل بسيطاً أو مركبا أو شاكاً أو ناسياً و يلحق به الظان على تأمل بل قيل ان الشاک الملتفت الى الضرر و لو احتمالا إذا ارتكب فهو مقدم على الضرر و هو ممنوع بل ربما يرتكب برجاء النفع و أمل السلامه كما هو الغالب فى أعمال البشر فان اليقين بالنجاح متعذر أو عزيز

نادر، و المـدار على القيمه حال العقد فلا اثر لزيادتها بعده و لو قبل علمه لأنها حصـلت فى ملكه و العقد وقع على غبن و لا عبره بالزياده و النقيصه بعد العقد اتفاقاً و الأثر لعلم الموكل لا الوكيل الا ان يكون وكيلا مطلقاً لا فى العقد فقط، ثم ان اعترف الغابن بجهـل المغبون فلا اشـكال و ان أنكر فإن كانت بينه فكـذلك و الا فالقول قوله بيمينه لانه منكر و لأصاله عـدم العلم الا ان يقيم الغـابن بينه على علمه أو يمينه ان ردهـا المغبـون عليه أو يكـون المغبون من أهـل الخـبره بتلـك السـلعه بحيث يسـتبعد جهله بها فيتقدم الظاهر على الأصل على تأمل.

الشرط الثانى-: ان يكون التفاوت فاحشا

اى بمـا لاـ يتغابن الناس بمثله و اضـطربت كلمات فقهاء الإماميه و فقهاء المـذاهب أيضاً فى ضابطه التفاوت الفاحش حتى حكى عن مالـك ان التفاوت بالثلث لا يوجب خياراً فان زاد ثبت الخيار، و هـذا إفراط، و يقابله تفريط (المجله) فيما تقـدم ماده (۱۶۵) الغبن الفاحش غبن على قدر- ربع العشـر فى الدراهم و نصف العشـر فى العروض و العشر فى الحيوانات و الخمس فى العقار أو زيـاده، و كـل هـذه التقـادير تحكمات و افتراض بغير دليل، و لو ان زياده العشـر و نصف العشـر توجب الغبن لبطلت التجارات و تعطلـت المكـاسب و لم يرتزق النـاس بعضـهم ببعض و لكن (كلاـ طرفى قصـد الأـمور ذميم) و الأـحسن رد هـذه الـدعوى إلى محكمه العرف و أهـل الاختصاص بتلك السـلعه فهم يعرفون المقـدار المعتـدل فى الربـح و ما زاد عليه أو نقص يكون غبناً على البائع أو على المشترى و لا يتحقق غبن

علیهما فی معامله واحده علی شـی ء واحد نعم یجوز ذلک فی شیئین یباعان فی صفقه واحده و لکل واحد منهما ثمن کما أنبأناک فیما سبق، و لعل لعلماء الاقتصاد فی هذا المقام شأن لا ینبغی ان یغفل عنه.

و «الخلاصه» انه لو تحقق فی المعامله زیاده فإن علم حالها من غبن أو عدمه و لو بالرجوع الی العرف و أهل الخبره فذاک، و مع الشک فالمرجع إلی أصاله لزوم العقد و عدم الخیار الا ان یکون هناک ضـرر و لو شخصی لا نوعی فتکون قاعده الضرر حاکمه علی أصاله اللزوم و یکون له الخیار، هذا عصاره ما ینبغی ان یقال فی موضوع الغبن لغه و عرفاً و شرعا اما «الحکم و الدلیل» فإنهم جعلوا الغبن بواقعه أو عند ظهوره موجباً لخیار المغبون علی حد سائر الخیارات فیتخیر بین الفسخ و استرجاع تمام الثمن أو الإمضاء بکل الثمن و استدلوا له (أولا) بقوله تعالی (إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ) بتقریب ان البیع تجاره دلت الآیه علی مشروعیتها و جوازها و تکون لازمه بالتراضی و حیث ان المغبون غیر راض واقعا بشرائه بأکثر من قیمته فیقع البیع جائزا غیر لازم لفقد شرط اللزوم و هو الرضا فله إمضاؤه و له فسخه،،، و بقاعده الضـرر (ثانیاً) فان لزوم العقد علی المغبون یستلزم الضـرر و الخسران علیه و کل حکم یستوجب الضـرر مرفوع بحکم القاعده فاللزوم مرفوع و هو معنی الخیار ثم أیدوا ذلک بالأخبار الکثیره الوارده بان غبن المسترسل سحت و غبن المؤمن حرام و فی روایه (لا یغبن المسترسل فان غبنه لا یحل) و هکذا و الانصاف ان هذه الأدله لا تنهض لإثبات تلک الدعوی لدی الفحص

و التمحيص، أما الآيه الشريفه فلا تدل على أكثر من ان التجاره أى البيع و نحوه عن تراض نافذ مشروع و ليس أكلا للمال بالباطل اما انه بغير تراض يكون مشروعاً و جائزا فأجنبى عنها مضافاً الى ان المغبون قد رضى بالمعامله فى أولها و هو كاف و لا عبره بالرضا التقديرى على ما حقق فى محله، و اما القاعده فهى و ان دلت على ارتفاع اللزوم المستلزم للضرر و لكن لا تعين ان الوظيفه بعد اللزوم هو الخيار بين الفسخ أو الإمضاء بل لعل الأقرب فى مفادها ان الضرر مرفوع و الضرر انما جاء من جهه الزياده أو النقيصه فلزوم العقد بالنسبه إلى الزياده أو النقيصه مرفوع و لازمه ان له حق استرداد الزياده من البائع أو مطالبه المشترى بالنقيصه فيما لو باع بأقل من الثمن و يبقى العقد على لزومه بالنسبه إلى القيمه المطابقه فان لم يدفع الزياده أو التكمله تسلط المغبون بعدها على الفسخ و هذا المقدار المسترد تدارک له و جبر و بعباره أجلى إرجاع ماله المأخوذ منه بغير حق اليه أو التكمله لعوض ماله لا غرامه خارجيه كما تخيله بعض الاعلام و لا هبه مستقله كما تخيله آخرون، و اثر هذا ان الغابن لو بذل التفاوت لم يكن للمغبون الفسخ و حل العقد و استرداد كل الثمن كما حكم به المشهور حيث جعلوا للمغبون سلطنه الفسخ مهما كان الأمر و هو رأى لا يعتمد على حجه ظاهره إذ ليس عندنا دليل يقول ان الغبن يوجب الخيار للمغبون حتى نأخذ بإطلاقه و ليس إلا قاعده الضرر و قد عرفت ان الضرر يتدارک ببذل التفاوت و تبقى أصاله اللزوم فى العقود بحالها فلا خيار الا بعد الامتناع عن بذل التفاوت و مع البذل فلا حق له فى الفسخ، اما الاخبار الوارده

فی غبن المسترسل فهی أیضاً أجنبیه عن قضیتنا و هی إلی الأحادیث الأخلاقیه أو المتکفله لبیان الأحکام التکلیفیه أقرب منها الی بیـان الأحکـام الوضـعیه فالمراد منها بعـد التـدبر فیها حرمه غش المسـتنصح فی الرأی و خیانه المسـتأمن لک. الواثق بک، و هو المعبر عنه بالمسترسل فی تلک الاخبار ای المطمئن بک الغیر متحذر منک. المرسل نفسه علی سـجیتها لدیک، اما السحت و ان کان فی الأموال و لکن الظاهر أن المراد منه فی الخبر ان غبن المسترسل حرام کحرمه مال السحت و الحاصل ان هذه الطائفه من الاخبـار بمعزل عمـا نحن فیه، ثم ان الغبن و التغریر مفهومـان متغـایران نعم همـا متلازمـان بحسب المعنی اللغوی العـام فکل من غررته فقـد خـدعته و کل من خـدعته غررته و لکن بحسب المعنی الخاص قـد ینفک أحـدهما عن الآخر فقد یتحقق الغبن و لا تغریر کما لو کان جاهلا فاشتری الشـی ء بأضعافه من دون ان یکون أحد دعاه أو حبذه له و قد یتحقق التغریر دون الغبن کما لو غرره فی ارتکـاب عمـل ساقط فارتکبه فهنا تغریر من غیر غبن فعطف (المجله) أحـدهما علی الآخر و تقییـد الغبن بالتغریر واهن غیر سدید و أوهن من ذلک اعتبار التغریر فی الغبن ثم استثناء المعامله علی مال الیتیم و الوقف و بیت المال فان الغبن ان کان لا یـؤثر إلاـ بـالتغریر فهـو عـام و الاـ فـالغبن مـوجب للخیـار فی الجمیع و إخراج تلـک المواضـیع تخصـیص بلاـ مخصـص سـوی الاسـتحسان، و بـاب العقود و المعاملاـت منوطه بقواعـد عامه و أدله کلیه یتساوی فیها الیتیم و غیره و التقی و الشـقی و الوقف و الملک.

«و بالجمله» فالمتبع هو الـدليل لا الرأى و الاسـتحسان فافهم ذلك و التزمه. هـذا إذا غبن أحدهما الآخر أو وقع أحدهما فى الغبن من نفسه من دون أن يغبنه أحـد- امـا لو كان الغابن أجنبيا كالـدلال و نحوه فالظاهر أنه لا يكون له خيار بل يرجع بالتفاوت على من غره بقاعـده (المغرور يرجع على من غره) على تأمـل أيضـاً، فمـا فى مـاده (۳۵۷) إذا غر أحـد المتبايعين أو الـدلال الآخر و تحقق ان فى البيع غبناً فاحشاً فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذ محل نظر- فان عمل الدلال أو الأجنبى لا يصـحح دخول الضرر على البائع مثلا يفسخ بيعه رغماً عليه فالمسئله محل اشكال تحتاج إلى إمعان نظر أزيد من هذا.

(ماده: ۳۵۸) إذا مات من أغر بغبن فاحش فلا تنقل دعوى التغرير الى وارثه.

بل تنقل على الأصح كما عرفت مكرراً.

(ماده: ۳۵۹) المشترى الذى حصل له تغرير إذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف فى المبيع تصرف الملاک سقط حقه.

اشاره

هذه الماده و التى بعدها تشير (المجله) فيها الى مسقطات خيار الغبن و تحرير ذلك و تصويره باوفى بيان

ان خيار الغبن يسقط بتلك المسقطات كسائر الخيارات

(فالأول) إسقاطه بعد العقد بعد العلم بالغبن

بلاـ اشـكال بل و قبل العلم به و لا يرد عليه بأنه إسـقاط ما لم يتحقق إذ يكفى تحققه الواقعى و اقتضاء العقـد له كما فى إسـقاط خيار العيب قبل ظهوره الذى تقدم أنه لا مانع منه كطلاق مشكوك الزوجيه و عتق مشكوك الحريه

الـذی یدور مدار واقعه و کالبراءه من العیوب و بهذا الملاک یصح المصالحه علیه و ان لم یتحقق؟؟؟ و ان کان ضم شـی ء إلی الغبن المحتمل أولی.

(الثانی) – اشتراط سقوطه فی متن العقد

و لکن لا یذهبن عنک ان اشتراط السـقوط فی العقد و ان صح بالنسـبه إلی سائر الخیارات و لکن بالنسـبه الی هذا الخیار کخیار الرؤیه حسب مـا عرفت لاـ یصـح لأـنه یسـتلزم الغرر من جهه الجهـل بـالقیمه و یمکن تصـحیحه بان المـدار فی الغرر المبطل ان یشتری الشـی ء بقیمه مجهوله القـدر أو بشـی ء مجهول القیمه، اما إذا اشتری بقیمه معلومه و ان کانت زائـده علی القیمه الواقعیه المجهوله فلا غرر أصلا.

نعم یشـکل ذلـک فی خیار الرؤیه لأن العین الغائبه إنما صـح بیعها بغیر رؤیه لمکان الوصف القائم مقامها و مع تخلف الوصـف یکون له الخیار فاشتراط سـقوطه معناه إلغاء اعتبار الوصف الذی به صح العقد و بدونه تبطل المعامله لأنها تکون علی عین غائبه بغیر وصف و لا رؤیه و کیف کان فالظاهر ان اشتراط سقوط خیار الغبن فی العقد لا مانع منه فتدبر.

(الثالث) تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخیار بعد علمه بالغبن

الـدال علی الرضا بالعقـد و إمضائه جدیـداً و الالتزام به مع غبنه، اما التصـرف قبل العلم بالغبن فلا اثر له لعدم دلالته علی ذلک و مع الشک فی ان تصرفه عن رضا و التزام أم لا فالمرجع الی استصحاب بقاء الخیار.

(الرابع) تصرف المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً متلفاً للعين أو بحكم التلف

كبيع أو عتق أو وقف و هو محل نظر بناء على ان التلف فى سائر الخيارات لا يقتضى سقوط الخيار فما وجه سقوطه هنا بهذه التصرفات التى لا تدل على الرضا بالعقد المغبون به لعدم علمه بالغبن حسب الفرض فإلحاقه بسائر الخيارات يقتضى انه مع قيام العين و بقائها عنده على حالها يتخير بين الرد و الفسخ على اسلوبهم، و مع التلف حقيقه أو حكما يسقط الرد لزوال الموضوع و يتعين اما أخذ التفاوت كأخذ الأرش فى خيار العيب مع امتناع الرد أو الفسخ و دفع قيمه العين و استرجاع الثمن كما فى خيار الحيوان و الشرط و غيرهما و كلمات الأصحاب هنا غير منقحه و دليلهم غير واضح، و لهم مباحث ذات عرض عريض يكفيك منها، نخلنا لك لبابه، و فتحنا عليك بابه، و على كل فإلى هذين المسقطين أشارت (المجله) فى المادتين (۳۵۹، ۳۶۰) و لكنها خلطت فى الأخيره بين التلف السماوى بقولها: إذا هلك و بين حدوث العيب و بين التصرفات الغير متلفه كالبناء فى العرصه، و هذه الثلاثه ليست من نمط و أحد بداهه ان التلف و حدوث العيب مسقطات مطلقاً سواء حدثت بعد العلم بالغبن أو قبله. اما بناء العرصه فإنما يسقط إذا وقع بعد العلم فكان حقه ان يذكر مع أخواته فى الماده التى قبلها. و الحاصل ان تصرف المغبون ان كان قبل العلم بالغبن فالقاعده تقتضى عدم تأثيره فى إسقاط خياره لو علم غايته ان العين ان كانت موجوده و فسخ ردها و ان كانت مفقوده رد المثل أو القيمه أو أخذ التفاوت و ان كان بعد العلم فان كان دالا على

الرضا سقط الخيار مطلقاً سواء كان تلفاً أو بحكمه أم لا و سواء كان من قبيل تصرف الملاك أم لا هذا كله فى تصرف المغبون اما تصرف الغابن فلا ريب فى انه لا يسقط خيار المغبون فان فسخ و وجد عين ما له أخذها و ان لم يجدها و كان الغابن تصرف بها ببيع أو شراء أو وقف أو نحو ذلك، فهل تبطل تلك التصرفات و يسترد العين أو ينتقل حقه الى المثل و القيمه أو يفرق بين العقد الجائز فيبطل و بين اللازم فيبقى و ينتقل الى المثل أو القيمه و مثله الكلام لو وجدها مستأجره فهل تنفسخ الإجاره أو يأخذها مسلوبه المنفعه أو يأخذ عوض المنفعه و كذا لو زاد فى الغبن غرساً أو صبغاً أو مزجها بغيرها و الفروع هنا كثيره و المسأله مشكله و الأقرب الرجوع الى المثل أو القيمه و إبقاء تلك العقود على حالها

(الخامس من المسقطات) عند البعض التلف،

و التلف اما ان يكون اتفاقياً أو بمتلف فان تلف ما فى يد المغبون و كان اتفاقياً فقد عرفت ان البعض (و لعله الأشهر) يسقطون الخيار معتلين بعدم إمكان الاستدراك اى زوال الموضوع و عرفت ان هذه العله عليله و ان التدارك يمكن بالمثل أو القيمه كما فى غيره من أنواع الخيارات التى لا يسقط شىء منها بالتلف، نعم قد تعترض هنا قاعده (ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) فتزيل موضوع الخيار بانفساخ العقد قهرا، كما عرفته مفصلا، و لكنها على الظاهر مختصه بخيار المجلس و الحيوان و الشرط، و لو تلف ما يد المغبون بمتلف فاما ان يكون المتلف هو المغبون فلا إشكال فى سقوط خياره حينئذ ضروره ان تصرفه الذى هو أهون من التلف مسقط فكيف

بالتلف، نعم يمكن الخدشه فيه بان التصرف المسقط هو الدال على الرضا فالاتلاف ان كان عن رضا و التزام بالعقد فهو و الا فلا. و اما ان يكون الغابن فخيار المغبون بحاله فإن فسخ استرد من الغابن ما دفعه من المسمى و ان امضى أخذ منه غرامه العين- المثل أو القيمه- و ان كان المتلف أجنبيا و فسخ المغبون استرد من الغابن ثمنه المسمى و يرجع الغابن على الأجنبى بالمثل أو القيمه و ان امضى رجع على الأجنبى بالمثل أو القيمه و لو تلف ما فى يد الغابن فان كان اتفاقياً سماوياً و فسخ المغبون غرم له بدل الثمن المسمى و ان امضى غرم له القيمه أو المثل و ان كان بمتلف فان كان هو الغابن بنفسه فكذلك فى حالتى الفسخ و الإمضاء و ان كان المتلف هو نفس المغبون و فسخ رد العين و لا شى ء له لأنه قد أتلف ماله و ان امضى غرم للغابن المثل أو القيمه و ان كان المتلف أجنبياً و امضى المغبون رجع على المتلف بالغرامه و ان فسخ تخير بين الرجوع على الغابن لأن يده كانت قد استقرت على ماله فان غرم الغابن له رجع على الأجنبى و بين الرجوع على الأجنبى لأنه هو المتلف و قرار الضمان عليه فإذا غرم له برئت ذمه الغابن لأن المال لا يضمن مرتين.

هذه صوره مصغره و جرعه يسيره من عين غزبره من فروع هذا الأصل و مصاريع هذا الباب و بقى من مسائل خيار الغبن مسألتان مهمتان تعرض لها بعض اعلامنا المتأخرين باوفى بسط من التحقيق و علقنا عليه جمله من الملاحظات و النقوش و هما قضيه جريان خيار الغبن فى غير البيع من عقود المعاوضات الماليه اللازمه كالإجاره و الصلح و الهبه

المعوضه و غيرها، و أدله هذا الخيار من الآيه و قاعده الضرر تقتضى الاطراد فى الجميع و لكن الأصحاب لم يذكروه إلا فى البيع و لكن هذا لا يقتضى الاختصاص مع عموم الدليل.

(الثانيه) اختلف الفقهاء فى ان هذا الخيار بعد العلم بالغبن هل هو على الفور أو على التراخى

و استدل الأول بما عرفت غير مره من أصاله اللزوم فى العقود و خرج منه لدفع الضرر ساعه علمه بالغبن على اليقين و يبقى ما عداه من المشكوك فى عموم أصل اللزوم و قد مر عليك فى نظائره انه هو الأقرب، و استدل الثانى باستصحاب الخيار الثابت حين العلم بالغبن على اليقين فيستصحب الى ما بعده من الأزمنه المشكوكه أو الافراد المشكوكه و هذه المسأله أيضاً من المسائل المعقده و فيها تحقيقات عميقه وثيقه الارتباط بالقواعد الأصوليه و عنوانها ان العام الأفرادى- الزمانى أو الاحوالى- إذا تخصص بفرد أو زمان أو بحال قطعاً ثم شك فى الزمان الثانى أو الحال الثانى انه محكوم بحكم الخاص أو بحكم العام- أصاله العموم تقتضى الثانى و استصحاب حكم المخصص يقتضى الأول، مثلا أصاله اللزوم تقتضى وجوب الوفاء بالعقد و الالتزام به فى كل زمان و كل حال خرج حال العلم بالغبن قطعاً و أدله خيار الغبن و نشك عند الحال الثانى فى بقاء الخيار كالحال الذى قبله أو انه فرد من العام يجرى عليه حكم العموم من وجوب الوفاء و اللزوم هذا عنوان المسأله و تحقيقها يحال الى محله من الموسوعات و لا يصلح هنا أكثر من هذا، و بخيار الغبن انهت (المجله) أبواب الخيار السبعه، و قد عرفت ان كلا من خيار النقد

و الوصف يرجع الى خيار الشرط، و خيار التعيين لا ربط له بباب الخيارات أصلًا، و هو تخيير لا خيار، و قد وقع فى مثل هذا الوهم بعض شراح (المجله) فاستدرك عليها خياراً سماه (خيار الاستحقاق) و قال انه من جمله الخيارات الا ان (المجله) لم تبحث عنه و ان كثيراً من (الحكام) يقع فى المشكلات العظيمه فى دعاوى الاستحقاق و القانون المدنى الفرنسى بحث عن الاستحقاق بمواد كثيره، و فسره بما ملخصه-:

«ان المشترى إذا اشترى مبيعاً و قبل قبضه ادعاه آخر بالاستحقاق كلا أو قسما و ضبطه كدابه ضبط نصفها أو دابتين و ضبط إحديهما و لم يجز البيع انفسخ البيع فى القدر المستحق و تخير المشترى مع عدم علمه بين الفسخ فى الباقى أو قبوله بنسبته من الثمن» انتهى.

و قد ذكر فقهاؤنا هذه الصوره فى باب (من باع ما يملك و ما لا يملك) و ان المالك إذا أجاز و قلنا بتعميم الفضولى لمثل هذا البيع ثم العقد و لا خيار للمشترى و ان لم يجز أو قلنا بأن إجازته لا تجدى صح البيع فيما يملك فقط و بطل من أصله فى غيره الا انه ينفسخ و يكون للمشترى خيار بين الإمضاء فى الباقى و بين الفسخ فيه، و هذا هو خيار تبعض الصفقه بعينه و القضيه فرع من فروعه، و ليس هو خيار مستقل برأسه، أما ما غرمه المشترى على تقدير قبض العين الغير مملوكه للبائع و تصرفاته فيها من غرس و بناء و نحو ذلك فقد ذكروا أحكامها تفصيلا فى باب (المقبوض بالعقد الفاسد) و جعلوا ضمانها على البائع ان كان المشترى جاهلا و البائع

عالماً، و ان کانا جاهلين أو المشترى عالماً و البائع جاهلا فالضمان على المشترى و إذا کان مغروراً من أجنبى رجع على من غره، الى تحقيقات کثيره. و مباحث واسعه، طولا و عرضا.

ثم استدرک على (المجله) بخيار آخر سماه (خيار الخيانه) و هو ما إذا ظهرت خيانه البائع فى البيع بالمرابحه فللمشترى الخيار ان شاء ترک المبيع و ان شاء قبله بجميع الثمن المسمى، ا ه و لا ريب انک تطالب بدليل هذا الخيار فلا تجده و تلجأ إلى القاعده من صحه العقد و لزومه بمقدار الثمن الواقعى و تسقط الزياده التى أنت من الخيانه اللهم الا ان تتشبث بأذيال خيار الشرط و تقول ان الشرط کان بينهما ذلک و قد خالفه البائع فيتخير المشترى.

إذاً فهو من فروع خيار الشرط لا ـ خيار مستقل، و مثل ذلک الکلام فى بيع التوليه لو خان فى بيان مقدار الثمن فاعرف هذا و تدبره جيداً.

(الفذلکه)

ان المتحصل من خيارات (المجله) المتأصله خمسه.

۱- خيار الشرط.

۲-: خيار الوصف، ان لم ترجعه الى الشرط على بعض الوجوه.

۳-: خيار الرؤيه.

۴-: خيار العيب.

۵-: خيار الغبن و أضفنا الى هذه الأربعه ثلاثه أشرنا إليها باختصار

۶-: خيار المجلس.

٧-: خيار الحيوان.

٨-: خيار التأخير.

و عليها اقتصر أكثر أرباب المتون من فقهائنا بدون خيار الوصف و فى (شرائع المحقق) ذكر خمسه، و أفرد العيوب فى فصل منفرد، و ذكر عده خيارات فى تضاعيف أبواب البيع و أنواعه، أما الشهيد قدس سره فى (اللمعه) فذكر أربعه عشر- السبعه المتقدمه و أضاف إليها سبعه.

١-: خيار الاشتراط.

٢-: خيار ما يفسد ليومه.

٣-: خيار الشركه.

۴-: خيار تبعض الصفقه.

۵- خيار التفليس.

۶-: خيار التدليس.

٧-: خيار تعذر التسليم، فيما لو باع و هو قادر على التسليم ثم تعذر بعد العقد قبل القبض كما لو أبق العبد أو شردت الدابه.

و منه ما انقطع المسلم فيه عند الأجل فإن المشترى- كما سيأتى إن شاء اللّه- مخير بين الفسخ و استرجاع المسلم. (أى المسمى) و بين الإمضاء و أخذ القيمه.

و يمكن إرجاع بعض هذه الأربعه عشر الى بعض بتكلف كما أنه بقيت خيارات كثيره يذكرها الفقهاء فى خلال أنواع البيع و بحوثه و لم

يذكروا شيئاً منها فى الفصل الذى عقدوه لتعداد الخيارات.

«منها» باب السلم.

و «منهـا» باب المرابحه- لو بان ان البائع أخبر بما زاد على الثمن أو لم يخير بالأجل فإن المشترى مخير بين الفسـخ و بين الإمضاء بالثمن الواقعى أو مع الأجل و قد عرفت ما فيه.

و «منهـا» خيار الورثه- إذا باع مورثهم أكثر من الثلث بأقل من ثمن المثل فإنهم مخيرون بعـد موته بين الإجازه و الفسـخ فيما زاد على الثلث و كذا الغرماء فيما لو استوعبت الديون التركه و نحو ذلك، و الانصاف أنها خيارات أصليه و لكنها خاصه بموردها لا تتعدى بخلاف مثل خيار المجلس و الشـرط و أضرابها الكثيره الموارد الجاريه فى أكثر البيوع، و لذا لم يذكروها إلا فى موردها الخاص.

خاتمه «أبواب الخيارات»

اشاره

قـد جرت طريقه فقهائنا فى الغالب بعد استيفاء البحث فى كل نوع من أنواع الخيارات ان يذكروا احكام الخيار من وجهه عامه لا تختص بخيار دون خيار، و قـد أغفلت (المجله) هـذا البحث مع أنه من أهم مباحث الخيار و افسـح أبواب البيع فى المجال، لدقه النظر فيه و سعه الخيال و قد تقدم ذكر جمله من أحكام الخيار استطراداً فى الفصول السابقه

على سبيل الإيجاز، مثل- ان (التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) و عرفت ان اليقين من هـذه القاعـده لا يتعـدى الى أكثر من الخيارات الزمانيه الامتـداديه بطبيعتها كخيار المجلس و ثلاثه الحيوان و خيار الشـرط اما مثل خيار الغبن و العيب و الرؤيه، سـيما على القول بفوريه هـذه الخيارات، فالقاعـده لا تتمشـى فيها، فلو علم المشترى بالعيب أو الغبن مثلا. فان فسـخ و تلفت العين فهى من مال البائع بالفسخ طبعاً لا بالقاعده و ان امضـى أو لم يعمل بخياره فسـقط كان التلف عليه لا على البائع لصيروره البيع لازماً و هكذا.

نعم لو تلفت العين فى يـد المشترى ثم ظهر أنه كـان مغبونـاً فيها أو معيبه لم يسـقط خياره و لا خيار البائع لو كان هو المغبون أو الثمن معيباً، اما التلف بعد القبض فالظاهر ان الشـهره أو الاتفاق على انه لا يسـقط الخيار و ان امضـى كان التلف عليه و اسـتقرت ملكيه البائع للمسمى.

هذا من بعض ما تقدم ذكره من احكام الخيار مختصراً.

و «منهـا» أيضـاً إرث الخيـار فقـد تكرر منـا بيـان ان كـل خيـار فهو موروث لأـنه حق مـالى فينتقـل إلى الورثه بقاعـده (مـا ترك الميت،،،) خلافـاً (المجله) فى أكثر الخيـارات تبعـاً لبعض فقهـاء المـذاهب و على كـل فلاـ إشـكال فى الإرث على المجله. إنما الإشكال فى كيفيه إرثهم و هى قضيه لا نخلو من غموض و صفوه الاحتمال أو الأقوال فى ذلك تتصور فى ثلاث صور.

الاولى-: ان يكون لكل وارث خيار مستقل فى الكل كمورثه

فلو أجازوا جميعاً و فسخ واحد من الورثه مضى الفسخ على الجميع فى الكل نظير حد قذف الجماعه الذى لو عفى الجميع الا واحد كان له استيفاء تمام الحد و يدعى القائل بهذا انه هو ظاهر القاعده المتقدمه المستفاده من النبوى فلا يجرى ذلك فى المال لعدم تعقل تعدد الملكيه على مال واحد بخلاف الحق.

الثانيه-: استحقاق كل واحد خياراً مستقلا و لكن فى نصيبه فقط فلو اختلفوا فى الفسخ و الإجازه نفذ عمل كل واحد فى نصيبه و يأتى حينئذ خيار تبعض الصفقه لمن عليه الخيار نظير ما لو اشترى اثنان مبيعاً لهما خيار فيه فأجاز أحدهما و فسخ الآخر، الثالثه-: استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار فليس لكل واحد منهم ان يجيز لا فى الكل و لا فى نصيبه بل اللازم على الكل ان يتفقوا اما على الفسخ أو الإجازه لأنه حق واحد انتقل إليهم و لا يقبل التجزئه كالمال فلا محيص من جعله بتلك الكيفيه و أقرب الوجوه الوسط ثم الأخير و أبعدها الأول.

و هناك تصورات أخرى بعيده هى إلى الخيال أقرب منها إلى الحقيقه و لا يتسع المجال لأكثر من هذا، و من المسائل النظريه التى فيها عميق التحقيق فى هذا البحث إرث الزوجه للخيار فيما تحرم من إرثه عندنا كالأراضى و العقارات و لنا فيه رساله مفرده فريده فى بابها، و لو كان الخيار لأجنبى فمات فهل ينتقل الى وارثه- عموم الدليل- و إطلاقه يقتضيه و الاعتبار لا يساعد عليه، و يكفى الشك فى التوقف و الاقتصار على المتيقن و هكذا

الکلام فی العبد و ان خیاره لمولاه أو لنفسه، و من أحکام الخیار التی تقدم ذکرها- سقوطه بالتصرف و کان الملحوظ هناک ان التصرف مسقط و الذی ینبغی ان یضاف الیه هنا ان التصرف کما یکون مسقطاً فیصیر اجازه للبیع کذلک قد یکون فسخاً له و قد ذکر فقهاؤنا رضی اللّه عنهم ان تصرف ذی الخیار فیما انتقل عنه فسخ و فیما انتقل إلیه اجازه و لکن کما ان التصرف لا یکون مسقطاً للخیار و اجازه إلا إذا کان دالًا علی الرضا کما یستفاد من بعض أدلته کالصحیحه التی یقول فیها فإن أحدث المشتری فیما اشتری حدثاً قبل الثلاثه فذلک رضًا منه و لا شرط له- ای لا خیار له- فکذلک یلزم تقیید التصرف المجعول فسخاً بما إذا کان قد قصد به الفسخ و کان له ظهور فیه لا مطلقاً، فاللازم اناطه الفسخ بالتصرف الدال علیه کاناطه الإجازه بالتصرف الدال علی الرضا ضروره ان التصرف فی ماله المنتقل عنه قد یقع علی وجوه شتی غیر قصد الفسخ و استرداد الملکیه، ثم ان بعض الاعلام استشکل فی ان الفسخ هل یحصل بنفس التصرف فیکون سبباً بذاته أو هو کاشف عن حصول السبب قبله و ذکر ان کلمات بعض الأصحاب یظهر منها الأول و من آخرین یظهر الثانی و «أقول» التحقیق عندنا أنه لا هذا و لا ذاک لا سبب مستقل و لا کاشف صرف بل هو جزء السبب للفسخ نظیر العقد مع القصد فی تأثیر النقل و الملکیه و سائر الصیغ الشرعیه. فالتصرف مع قصد الفسخ هو المؤثر فی تحقق الفسخ شرعاً بل و عرفاً لا القصد وحده و لا التصرف وحده

و كلمات الأصحاب لا تأبى من ذلك و انه مع القصد سبب تام لحل العقد كما فى سائر المقامات من عقود و إيقاعات، و عليه فهذا البحث مستدرك بجملته، فليتدبر.

و عليه فلو باع ما انتقل عنه أو رهن أو أوقف تكون تلك الصيغ ذات أثرين هما-: فسخ فعلى، و تمليك عقدى جديد، و توهم الدور لأنها موقوفه على الملك و هو لا يحصل الا بعد الفسخ الذى لا يحصل الا بها.

و «بعباره أحلى» البيع موقوف على ملكه. و ملكه موقوف على بيعه الذى به يتحقق عود الملك إليه لأن به يحصل الفسخ حسب الفرض مدفوع بأنه من قبيل ما يقال (دور معيه) و يكفى فى صحه البيع حصول الملكيه معه غايته أنه يملكه أولًا ثم يملكه (بالتشديد) ثانياً و يترتب الثانى على الأول ترتب المعلول على علته يتحدان زماناً، و يتقدم أحدهما على الآخر رتبه، و قد التزم بعض تفصياً من هذا المحذور بان قصد الفسخ الذى يتعقبه التصرف ببيع و نحوه موجب للفسخ و دخوله فى ملكه واقعاً فيصح البيع و هو وجيه أيضاً و ان كان الأول أوجه و عليه يبتنى سائر التصرفات من وطئ أو أكل أو بيع أو هبه أو غير ذلك، و فرعوا على هذا ما لو باع عبداً بجاريه ثم قال أعتقتها فهل هو إجازه إن قدمنا عتق الجاريه أو فسخاً ان قدمنا عتق العبد، و بناء على ما ذهبوا اليه من ان الفسخ مقدم على الإجازه يقدم الثانى و يلغو الأول و لكنه محل نظر، فليتأمل.

«و من أحكام الخيار» عند الأصحاب التى لم يتقدم لها ذكر- عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين لو تحقق

الفسخ فقد قال الأكثر ان خيار البائع يمنع المشترى من التصرفات الناقله و لكن فى (شرائع المحقق) رضى اللّه عنه ما نصه-:

«و يصح الرهن فى زمن الخيار سواء كان للبائع أو للمشترى أو لهما لانتقال الميع بنفس العقد على الأشبه» ا ه.

و معلوم أنه إذا صح الرهن صح البيع و غيره من التصرفات لوحده الملاك، و اضطربت هنا كلمات الاعلام، فبين قائل بالمنع مطلقاً، و قائل بالجواز مطلقاً، و مفصل بين العتق الذى لا يمكن فسخه لأن الحر لا يعود رقاً و بين غيره من التصرفات التى يمكن فسخها كالبيع و نحوه مما يمكن فسخه لو فسخ المالك الأول فينفسخ الثانى بفسخه، و قد احتج كل فريق لما ذهب إليه بحجه قويمه و ردها الآخر كذلك، و البسط محال الى محله.

و «لباب التحقيق» فى هذا الباب و ما نصير اليه من الرأى- أن الخيارات الأصيله كالحيوان و المجلس و نحوها من المجعولات الشرعيه أصاله بناء على ما عرفت مكرراً من ان العقد الخيارى يؤثر الملكيه و يحصل به النقل و الانتقال كالعقد اللزومى لا فرق بينهما إلا بإمكان رفعها و اعاده الملكيه السابقه و لازم تحقق الملكيه المطلقه به جريان قاعده السلطنه فله ان يتصرف فى ملكه كيف شاء و لا وجه لمنعه من التصرف الا تعلق حق صاحب الخيار باسترداد العين فيكون حقه مانعاً من نقلها الى الغير أو جعلها بحيث لا يمكن استردادها كالوقف و العتق و نحوهما و ليس هو بأضعف من حق الرهن المانع من التصرف، و هذا الحق و ان كان

مما لا مجال لدفعه و لکن اقتضائه المنع من التصرف ممنوع فإنه لا یقتضی أکثر من رد العین ان کانت موجوده ورد بدلها ان کانت تالفه أو بحکم التالفه، و محور القضیه یدور علی ان العقد الخیاری أثره الملکیه المطلقه، و السلطنه التامه أو الملکیه المقیده و بناء علی مالا ینبغی الریب فیه من الأول فإن الملکیه الحاصله بهذا العقد لا قصور فیها من حیث ذاتها و لا نقص أصلا و لا تفترق عن أختها إلا بإمکان إبقائها و رفعها و هی هی تلک الملکیه بحقیقتها إذاً فلا مساغ لاحتمال عدم صحه بعض التصرفات معها فهو یتصرف بمقتضی ملکیته کیف شاء و صاحب الخیار حقه محفوظ یعمله متی شاء فان کانت العین موجوده أخذها و الا أخذ المثل أو القیمه کما لو کانت تالفه حقیقه، و هذا هو مقتضی التوفیق بین الأدله و الجمع بین الحقوق، هذا فی الخیارات الاصیله التی لا تقیید فی أدلتها، أما غیرها من الخیارات الجعلیه کخیار الشرط فغراره غیر ذلک الغرار. فان اشتراط البائع ان یکون له الخیار فی الوقت المعین معناه أنه یرید استبقاء العین حتی یسترجعها فکأنه شرط ضمناً إبقاء العین حتی یستردها، و هذا المعنی و ان کان ملحوظاً فی جمیع الخیارات و لکنه فیها یشبه بالحکمه، و فی خیار الشرط یشبه ان یکون عله و قیداً، فلا یصح للمشتری ان یتلف العین باختیاره و یمنع البائع من حقه فی رد ذات العین الذی هو متعلق غرضه لا البدل من المثل أو القیمه بخلاف تلک الخیارات الاصیله التی جعلها الشارع فإنها لا تدل علی أکثر من ان له الفسخ و حل العقد، اما ان العین یلزم

علیه إبقاؤها أو لا یلزم فلا تعرض فیها لذلک أصلا فیبقی علی القاعده و هی کما عرفت، و مقتضی صحه التصرفات من بیع و نحوه ان تکون واقعه علی طبیعتها من اللزوم فلو فسخ البیع الأول لا ینفسخ البیع الثانی بل یرجع الفاسخ (کما عرفت) الی المثل أو القیمه، و ما یقال من ان العقد الثانی قد قام علی العقد الأول فإذا انهار بفسخ صاحب الخیار انهدم الثانی لانهدام أساسه مدفوع بأنه ان أرید ابتناؤه علی استمرار ملکیه الأول فهو ممنوع، و ان کان المراد ابتناؤه علی ملکیته فی الجمله و لو حین البیع فهو حاصل.

و «بعباره اجلی» ان البیع الثانی وقع صحیحاً بملکیه البائع و لا یقدح انحلال العقد بعد ذلک الذی لا یؤثر فی التصرفات السابقه لأنها وقعت جامعه مانعه من موجب کامل فی محل قابل و حفظاً لحق الخیار یکون اثر فسخه أخذ البدل و إذا جاز البیع بل ما هو أشد منه من الوقف و العتق و نحوها فبالأولی جواز مثل الإجاره و العاریه و نحوها مطلقاً.

و لکن فی عروه السید الأستاذ قدس سره-:

لا یجوز للمشتری ببیع الخیار بشرط رد الثمن للبائع ان یؤجر المبیع أزید من مده الخیار للبائع و لا فی مده الخیار من دون اشتراط الخیار حتی إذا فسخ البائع یمکنه ان یفسخ الإجاره و ذلک لأن اشتراط الخیار من البائع فی قوه اشتراط إبقاء المبیع علی حاله حتی یمکنه الفسخ فلا یجوز تصرف ینافی ذلک، اه-، و فیه ما لا یخفی إذ أقصی ما هناک ان یقال بأنه موقوف علی الإجازه لا عدم الجواز مطلقاً بل و التحقیق

حسب ما عرفت الصحه مطلقاً غايته ان له المثل أو القيمه لو فسخ كما لو باع، فليتدبر.

نعم لو اشترط عليه ذلك اتجه المنع و لزم لوجوب الوفاء بالشروط

(فائده)

شروط الأسباب و الوسائل سواء كانت إيجابيه كشرط ان يبيع أو يوقف يعتق، أو سلبيه كشرط ان لا يبيع أو لا يؤجر أو لا يهب يترتب عليها حكمان، تكليفى يعنى لو خالف فعل حراماً، و وضعى فلو خالف وقع باطلا و تخلف الشرط هنا لا يوجب خياراً إذ لاـ معنى للتخلف فى السلبيه لما عرفت من البطلاـن فى المخالفه، و لو امتنع عن الوفاء بالشروط الإيجابيه كما لو شرط عليه ان يوقف فلم يفعل يجبره الحاكم الشرعى، فإن تعذر من كل وجه إنجازه كان له الخيار فاعرف ذلك و تدبره.

و «من احكام الخيار عند بعض فقهائنا و لم يتقدم له ذكر- انه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثمن مده زمن الخيار و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و له الاسترداد و لا يجبر الآخر على التسليم، و قيل ليس له الاسترداد بعد الدفع إلا إذا فسخ، و قد يدعى الإجماع على أنه لا يجب على ذى الخيار التسليم ابتداء، و بهذا قال أكثر فقهاء المذاهب أو كلهم، و لكن هذا الحكم مخالف لما مر عليك غير مره من تأثير العقد الخيارى ملكيه المشترى للمبيع و ملكيه البائع للثمن و انتقال كل مال الى الآخر و مقتضى قاعده السلطنه ان يدفع كل واحد الى الآخر ماله الذى انتقل اليه سيما مع المطالبه فكيف يجوز لكل منهما منع الآخر

عن ماله و (الناس مسلطون على أموالهم).

و «بالجمله» فهذا الحكم لا دليل عليه بل الدليل على خلافه واضح و الإجماع لم نتحققه.

و من جميع ما نضدناه من مباحث الخيار و أنواعه و أحكامه ظهر لك ان التلف لا يسقط الخيار فى جميع أنواعه، و من المعلوم ان المراد منه التلف بعد القبض. اما التلف قبله فقد عرفت انه يوجب الانفساخ القهرى فيزول موضوع الخيار بقاعده (كل مبيع ..) اما التلف بعد القبض فى زمن الخيار كتلف الحيوان بيد المشترى فى الثلاثه فإن جعلنا معنى قاعده (التلف ممن لا خيار له ..) كنايه عن سلطنه المشترى على البائع فسخاً و إمضاء فلازم هذا بقاء خياره فإن أجاز استقر ملك البائع للمسمى و ان فسخ استرده و تلف المبيع من البائع فالتلف حينئذ لا يسقط الخيار و ان جعلنا معناها انه ينفسخ العقد و يدخل المبيع فى ملك البائع و يتلف من ماله لم يبق وجه لبقاء الخيار بل يكون نظير التلف قبل القبض.

و «القصارى» ان هذا مبنى على ما ذكرناه فى أول الخيار من أنه ان كان سلطنه على العقد فالتلف لا يرفعه، و ان كان سلطنه على استرداد العين فلا معنى لبقائه بعد تلفها الا بتكلف بعيد عن الذوق و الاعتبار بل و عن الأدله.

نعم حتى لو قلنا بأنه سلطنه على العقد يمكن دعوى كون التلف يسقط الخيار فى الموارد التى علم ان المراد من تشريع الخيار رفع ضرر الصبر على العين كما فى خيار العيب فلو تلفت ارتفعت حكمه تشريعه و لم يبق

وجه للخيار لعدم إمكان الرد و لذا يتعين الأرش هناك أو الإمساك مجاناً و الفسخ و ان أمكن على ان يكون أثره المطالبه بالمثل أو القيمه و لكنه خلاف نص الأدله التى اناطت الرد بقيام العين و مع التلف فأين قيام العين حتى ترد لذا انحصرت القضيه بالأرش و فى الغبن برد التفاوت اما خيار الشرط أو خيار رد الثمن فظاهر هذين الخيارين ابتناؤهما على ان رد الثمن انما هو لاسترداد نفس العين فهو متقوم بردها ذاتاً فإذا امتنع ردها سقط الخيار طبعاً، فتلخص ان الخيارات تختلف مع التلف فبعضها يثبت معه و بعضها يسقط فلا بد من التأمل فى كل مورد بخصوصه. و بقول مطلق ان الخيار ان كان هو الرد فهو ساقط بالتلف طبعاً و قطعاً. و ان كان عباره عن الفسخ فان كانت العين موجوده أخذها و الا فالبدل و عليه فلا يسقط نوع من أنواعه بالتلف الا ما قام عليه الدليل كما فى خيار العيب و نحوه.

و «من أحكام الخيار أيضاً مما لم يذكر» انه لو فسخ ذو الخيار فالعين التى فى يده حسب الفرض قد دخلت فى ملك الآخر كما ان ما فى يد الآخر قد رجع الى ملكه فقاعده اليد تقتضى ضمان كل منهما العين التى فى يده الآخر و ليس هنا استيمان و نحوه حتى يسقط الضمان فالمقتضى موجود و المانع مفقود فى حق كل واحد منهما على صاحبه و ببيان آخر ان العين فى يد كل منهما كانت مضمونه قبل الفسخ بالمسمى و لما بطل المسمى بالفسخ الحادث و لم يك ائتمان لا مالكى و لا شرعى لا قبل الفسخ و لا بعده فلا محاله ينتقل الضمان الى البدل الواقعى و هو المثل أو القيمه.

و لنكتف بهـذه الشـذرات من مبـاحث الخيارات فقـد التقطنا لك نفائس تلك المعادن المطموره فى كتب الأصـحاب المغموره بتعقيد البيان و عدم افاده التعبير، و إجاده التحرير، فجلوناها لك بحمد اللّه تعالى كالوذيله الصـقيله المرصـعه باللؤلؤ الناصعه، من الرأى البكر، و التحقيق الطريف، المتدافع من منابع الوجدان، و منابح البرهان. و العلم السهل الممتنع، و المنه للّه وحده.

الکتاب الثانی

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ و له الحمد

(یٰا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَیْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِیُّ الْأَمِینُ)

المقدمه (فی الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالإجاره)

اشاره

(ماده: ۴۰۴)

الأجره و الکراء:

بدل المنفعه، و الإیجاز هو الإعطاء بالکراء، و الاستیجار الأخذ بالکراء.

أصل هذه الماده الأجر الذی یفسر فی اللغه- بجزاء العمل- و هو ظاهر فی العمل الذی یکون جزاء للعمل، ثم اتسع فشمل المال الذی یقع عوض العمل، ثم اتسع فتناول عوض المنفعه- أی منافع الأعیان- و غلب استعماله و استعمال مشتقاته من المزید کآجر و المجرد کأجر و إیجار و اجاره فی المعنی العرفی المقتنص من ذلک المعنی اللغوی فصار یستعمل حتی تعین فی لسان الشرع و المتشرعه فی العقد الذی هو تملیک المنفعه بالعوض المعلوم کما هو المعروف من تعریفها عند الإمامیه و سائر فقهاء المذاهب و تستعمل الإجاره تاره اسما بمعنی الأجره و اخری مصدر بمعنی الإیجار أو مصدر (أجر) المجرد سماعاً أو (آجر) المزید و علی کل فالأقرب ان المراد من قولهم (کتاب الإجاره) و الإجارات و نحوها هو الإیجار و ما یتحقق به هذه المعامله شرعاً و بیان أحکامها و الأجره و الکراء و ان اتحدا فی کونهما بدل المنفعه و لکن شاع و غلب

استعمال الکراء فی بدل منفعه الدواب و الأجره فی غیرها فیقال: کریت الدابه و اکثریتها، کما یقال آجرتها و استأجرتها، و استأجرت الدار و العبد، و لا یقال: کریت الدار، الا نادراً.

و لا أهمیه فی کل هذا انما المهم تعریف الإجاره شرعاً تعریفاً یطابق الحقیقه أو یقاربها، و قد عرفتها (المجله) ماده (۴۰۵) الإجاره فی اللغه بمعنی الأجره و قد استعملت فی معنی الإیجار أیضاً و فی اصطلاح الفقهاء بمعنی بیع المنفعه المعلومه فی مقابله عوض معلوم.

استعمال البیع فی تعریف الإجاره یشبه ان یکون من قبیل تعریف الشی ء بضده فان البیع مختص بنقل الأعیان و الإجاره بنقل المنافع و هما متباینان مفهوماً و مصداقاً و کان اللازم أن یقال: هی تملیک المنفعه المعلومه بعوض معلوم کما هو التعریف الشائع عند الأکثر فإن التملیک جنس و بإضافته إلی المنفعه خرج البیع و غیره من العقود الناقله کالصلح و الهبه مما یحصل به تملیک الأعیان، نعم ینتقض فی طرده بشموله للصلح علی المنفعه و هبه المنافع هبه معوضه، و العاریه المعوضه کما قیل و الجمیع مدفوع بأن حقیقه الصلح التسالم و هو یقع علی المعاوضه و علی غیرها و حقیقه الهبه تتقوم بالمجانیه و العوض لیس للعین الموهوبه بل لذات الهبه و العاریه إذا دخلها العوض کانت اجاره فی الجوهر سواء سمیتهما عاریه أو إجاره أو غیرهما، فإن الإجاره و العاریه یشتر کان فی أنهما تسلیط علی المنفعه فإن کان بعوض کان اجاره و ان کان مجانا کان عاریه فالإجاره و العاریه فی المنافع کالبیع و الهبه فی الأعیان بل

التحقیق ان العاریه لا تملیک فیها و لا تسلیط أصلا لا علی العین و لا علی المنفعه بل هی إباحه الانتفاع لا تملیک المنفعه و لذا لا یستطیع المستعیر نقلها الی الغیر بعقد أو غیره، و من هنا ینقدح الإشکال فی عدها من العقود و لا تحتاج إلی إیجاب و قبول بل هی بالإیقاع أشبه و ان شاع عندهم درجها فی العقود.

أما الإجاره فهی و ان کانت حسب الشائع عند الفقهاء عباره عن تملیک المنفعه بعوض و لکنها بالنظر الا دق سلطنه علی العین من حیث ملکیه منافعها فهی أیضاً من مقوله الملک و الجده ان أرید من الإجاره الأثر الحاصل و النتیجه و الغایه و ان أرید بها السبب و الوسیله فهی العقد الذی ینشأ به التسلیط علی العین باعتبار ملکیه منافعها و هذا هو المراد من قول الفقهاء (کتاب الإجاره) و (کتاب البیع) و نحوها. و علیه فارکان الإجاره ثلاثه- العوضان. العاقدان العقد- فیلزم البحث عن کل واحد منها و شرائطه و أحکامه و أحکام الإجاره.

اماما ذکر فی (المجله) فی مقدمه الإجاره المشتمله علی الاصطلاحات الفقهیه فیها فهی مستدرکه لا- حاجه الی شی ء منها ضروره أنه ما من عربی عریق أو لصیق الا و هو یعرف المستأجر (بالکسر) و المستأجر (بالفتح) و المأجور و الأجیر و الأجره و محل الاستغلال أی الموضع المعد للإیجار من غیره و المسترضع هو من استأجر ظئراً للرضاعه. فکل هذه المواد واضحات و توضیح الواضح من العبث فیلزم لو حررت (المجله) و نقحت حذف کل ما هو من هذا القبیل لذا لم نذکرها.

(الباب الأول) «فی الضوابط العمومیه»

(ماده: ۴۲۰) المعقود علیه فی الإجاره هو المنفعه.

لا یخفی ما فی هذا التعبیر من التسامح بل الخلل فان عقد الإجاره یتسلط علی العین و لکن باعتبار المنفعه لا علی المنفعه مباشره فتقول: آجرتک الدار، و لا تقول: أجرتک المنفعه، و لو قلت: ملکتک المنفعه، فالمشهور و ان کان یظهر منهم الصحه و لکن صحته اجاره لا یخلو من نظر فإن حقیقه الإجاره تسلیط علی العین باعتبار المنفعه. فإن قلنا بصحته فهو عقد بنفسه.

و تحریر البحث هنا بالنظر الدقیق یتوقف علی بیان أمرین مهمین.

الأول-: منافع الأعیان من عقار أو إنسان أو حیوان قبل العمل أو الاستعمال معدومه فی الخارج بالضروره، و المعدوم لا یصلح للعقد علیه أصاله و ان أمکن تبعاً و لکن المنافع مطلقاً و ان کانت معدومه حقیقه و لکن لها باعتبار العقلاء نحو من الوجود قائم بوجود الأعیان قیام المظروف بالظرف و الحال فی المحل یعنی قیام شی ء فی شی ء و ان کان

واقع أمرها أنها قيام شى ء بشى ء يعنى قيام الصفه بالموصوف و العرض بالمعروض و لكن العرف قد يراها بمنظار مكبر انها موجودات متأصله مع الأعيان أو فى الأعيان فيصح بهذا الاعتبار لحاظها مستقله و إيقاع العقد عليها مباشره بتمليك أو وصيه أو صدقه و هذه المعانى لا ربط لها بالإجاره إنما الإجاره لحاظ المنافع بأحد الوجهين الأولين التى تلحظ بها المنافع قائمه بالعين قيام عروض أو قيام حلول و بهذا اللحاظ يوقعون العقد على العين باعتبار تلك الشئون القائمه بها، و قد عرفت ان هذه الشئون و المنافع هى المقومه لماليه العين و لكن تاره تندك فى العين فيجرى العقد على العين مطلقه مرسله و أخرى على العين مقيده محصله، فالأول هو البيع و الثانى هو الإجاره، و يلحق بالأول و ان لم يكن من صميمه و حقيقته تمليك العين، و بالثانى كذلك تمليك المنفعه.

و من هنا يظهر لك التسامح فى تعريفهم الإجاره بأنها تمليك المنفعه و الخلل فى (المجله) ان المعقود عليه فى الإجاره هو المنفعه، بل المعقود عليه فى البيع و الإجاره شى ء واحد و هو العين ليس الا، و لكن اللحاظ و الاعتبار مختلف. و هذه المعانى ارتكازيه عند العقلاء و ان كان لا يحسن تحليلها و تفكيك عناصرها إلا أنا أو أنت و يغفل الكثير عنها و اللّه ولى التوفيق للجميع.

الثانى-: لا يذهبن بك الوهم كما توهم جماعه ان المراد بالمنفعه هنا خصوص المعانى التى لا عين لها فى الخارج من الاعراض المقوليه كسكنى الدار و لبس الثوب و عمل الخياطه بل المنفعه تعم حتى الأعيان إذا كانت

نماء لأعيان أخرى مثل الشاه و صوفها و ثمره النخيل و الأشـجار بل و يشـمل نتاج الانعام و أولادها فيصح أن يؤجر الدابه و الشاه باعتبـار جميع نماءاتهـا حتى أولادهـا و تؤجره النخيـل باعتبار كل منفعه فيه حتى التمر و السـعف و الكرب و لا يقـدح فى ذلك القاعـده المشـهوره فى ضـابطه (مـا يصـح إجـارته) انه مـا لا تسـتهلك عينه بالانتفاع به- أو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فان جميع ذلك محفوظ فإن الإجاره تعلقت بالشاه و لبنها و صوفها منافع لها و ان كانت أعيانا و لا يضر استهلاكها مع بقاء عين الشاه و هكذا النخيل و الأشجار و أمثالها.

و من هنا ظهر ضعف ما توهمه بعض شراح (المجله) حيث يقول:-

الإجـاره الواقعه على الحوض لاصـطياد اسـماكه أو أخـذ مائه و على الحرش لقطع أشـجاره أو لرعى الأغنام فيه أو على الأشـجار لأخذ ثمارها ..

و الأغنام لأخذ صوفها و الأبقار لأخذ حليبها- باطله- بل الحق كما عرفت أنها جميعاً صـحيحه و لا تزال السيره جاريه على إجاره الأـرض لرعى الأغنـام فى نباتهـا و عشـبها (شاه مرتع) و كأنه توهم ان المنفعه مختصه بالاعراض التى لا وجود لها فى الخارج إلا فى موضوعاتها و لم يعرف ان منفعه كل شى ء بحسبه.

(ماده: ۴۲۱) الإجاره باعتبار المعقود عليه على نوعين

(النوع الأـول) الوارد على منـافع الأعيـان و يقـال للشـى ء المؤجر عين المـأجور و تنقسم إلى ثلاـثه أقسام، الأول-: إجاره العقار، الثاني-: اجاره العروض كايجار الملابس و الأواني، الثالث-: اجاره الدواب، (الثانى)

عقد الإجاره على العمل، و هنا يقال للمأجور أجير كاستئجار الخدمه و العمله و استئجار أرباب الحرف و الصنائع من هذا القبيل، حيث ان إعطاء السلعه للخياط مثلا ليخيط ثوباً يصير اجاره على العمل كما ان تقطيع الثوب على ان السلعه من الخياط استصناع.

سكنى الدار و ركوب الدابه كعمل الإنسان من بناء أو حياكه أو صياغه و غيرها و كثمره البستان و نحوها- كلها تندرج فى المنفعه و يجمعها انها فوائد أعيان لا نهلك العين باستهلاكها و يستعمل فى عمل الإنسان انه أجير و فى الدابه و الدار مستأجره و مأجوره و ليس الاستصناع كما عرفت فى مثل خياطه الثوب و تقطيعه إلا إجاره على عمل. و كل عين يجوز إيجارها و استيجارها باعتبار فائده تحصل منها مع بقائها و لا يخرج الا ما ينحصر استيفاء فائدته بزوال عينه كالمأكولات و المشروبات و الزرع من حيث هو لا من حيث الأرض و هكذا.

(ماده: ۴۲۲) الأجير على قسمين،

القسم الأول هو الأجير الخاص الذى استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط كالخادم الموظف. و القسم الثانى. هو الأجير المشترك الذى ليس بمقيد بشرط ان لا يعمل لغير المستأجر كالحمال و الدلال و الخياط و الساعاتى.

هذا التقسيم غير عام و لا مستوعب و التقسيم الجامع العام فى المقام ان الإجاره بجميع أنواعها لعين من الأعيان أو لحيوان أو إنسان. اما ان تكون شخصيه أو كليه. و الشخصيه اما ان تكون مشخصه من كل جهه أو من جهه دون أخرى- فالأقسام ثلاثه- كليه. كما لو استأجرته

على خياطه كلى معين بالوصف أو خياطه هذا الثوب المعين، و هذا واسع يدخل فيه أكثر الإجارات و منه الأجير المشترك المذكور فى (المجله) الذى لم يقيد بشرط ان لا يعمل لغير المستأجر كالحمال و الدلال و الخياط و الساعاتى فإنهم مأجورون على عمل كلى و هو خياطه الثوب و إصلاح الساعه مطلقاً من حيث المباشر و من حيث الوقت فلا ينافيه ان يكون مستأجراً لمتعددين كما ان صاحب الزورق و أمثاله يؤجر نفسه لإيصالك الى المحل الفلانى فى زورقه فلا يقدح تعدد الإجاره فإن الإجاره وقعت على كلى فى الذمه، و الذمه واسعه لا تزاحم فبما تشتمل عليه مهما تعدد (الثانى) المشخصه من جهه أو جهات مخصوصه لا من كل جهه و هذه أيضاً ملحقه بالكلى، و لكن الكلى المقيد كما لو استأجره على خياطه هذا الثوب و لكن بالنحو الخاص أو الوقت المعين و مهما تكثرت القيود و الشروط لا يخرج عن كونها كليه.

(الثالث) المشخصه من كل جهه كما لو استأجره على خياطه هذا الثوب بنفسه فى هذه الساعه المعينه أو فى اليوم المعين و أمثال ذلك، و هذه هى الإجاره الشخصيه التى لا مجال فيها للتعدد، و الأجير هو الأجير الخاص الذى لا يجوز ان يعمل لغيره فى ذلك الوقت المعين و سيأتى إن شاء اللّه حكم الأجير الخاص لو خالف ما استؤجر عليه، و من هذا القبيل المستأجر على الخدمه شهرا معينا أو سنه معينه أو سنين هذا بالنسبه إلى عمل الإنسان و نظيره بالنسبه إلى الأعيان من عقار أو حيوان فإنك تاره تؤجره دابه أو داراً موصوفه بأوصاف معينه فيجب ان تدفع له

دارا بتلک الأوصاف تکون مصداقا لذلک الکلی الذی وقعت اجارتک علیه و تاره تؤجره هذه الدابه المعینه أو الدار المعینه فهذه اجاره شخصیه فلو آجرتها من غیره ثانیا وقعت باطله أو فضولیه موقوفه علی إجازه المستأجر الأول لأنه ملک منافع هذه الدار المعینه، فقد ظهر من کل هذا ان الضابطه العامه و التامه هو ان الإجاره اما شخصیه أو کلیه و باختلافهما تختلف الاحکام و لیس المدار علی الأجیر الخاص أو الأجیر المشترک بل علی نحو الإجاره و کیفیتها.

و منه ظهر ما فی ماده (۴۳۲) الأجیر علی قسمین، الأجیر الخاص الذی استؤجر علی ان یعمل للمستأجر فقط کالخادم الموظف الی آخر ما ذکر، فان عدم جواز عمله للغیر انما هو من جهه ان الإجاره شخصیه و ان یعمل بنفسه فی الوقت المعین و لو استأجره علی حصول الخدمه و قضاء حوائجه المعینه فی العقد جاز ان یقیم مقامه عاملا و هو یعمل للغیر.

(ماده: ۴۲۳) کما جاز ان یکون مستأجر الأجیر الخاص شخصا واحدا کذلک یجوز ان یکون الأشخاص المتعدده

الذین هم فی حکم شخص واحد مستأجری أجیر خاص، بناء علیه لو استأجر أهل القریه راعیا علی ان یکون مخصوصا لهم بعقد واحد یکون الراعی أجیرا خاصا و لکن لو جوزوا ان یرعی دواب غیرهم کان الراعی أجیرا مشترکا.

لا- معنی للتجویز هنا الا- ان یکونوا قد استأجروه علی حصول العمل الخاص و هو الرعی إما مقیدا بمباشرته أو مطلقا فتکون الإجاره کلیه و له ان یعمل للغیر اما لو استأجروه علی ان یجعل منافعه هذا الشهر أو السنه

مقصوره على رعى غنمهم كانت الإجاره شخصيه و لا يجوز ان يرعنى غنم غيرهم بل و لا يجوز له اى عمل آخر.

(ماده: ۴۲۴) الأجير المشترك لا يستحق الأجره إلا بالعمل.

من الواضح ان التسليم و التسلم لا زمان فى الإجاره كلزومهما فى البيع و لكن يمكن تحققهما بجلاء فى البيع الذى هو معاوضه فى الأعيان بخلافه فى الإجاره التى هى تعويض على المنافع و هى لكونها تدريجيه الحصول و من الاعراض الغير قاره لا يمكن تسليمها و تسلمها دفعه كالأعيان إذا فلا بد ان يكون نحو التسليم و التسلم فيها بطور آخر و هو تسليم العين التى وقعت الإجاره على منافعها فإذا استأجرت الدابه للركوب فتسليم منافع الدابه أو الدار تسليم عينها ليستوفى المنفعه منها فيسلمك الدابه و تسلمه الأجره على نحو التقابض فى البيع و ان كانت الأجره على عمل فتسليمه ان يهيئ معدات العمل فيحضر هو أو من يتحصل به العمل و بذلك يتحقق التسليم و يستحق الأجره و لكن جرت العاده فى باب إجاره الأعمال نظرا الى احتمال عروض الموانع من الاستمرار على العمل الى تمامه ان تدفع الأجره بعد استكماله و حقه ان يستلمها عند التهيؤ و الشروع فان الشخص هنا كالعين هناك فكما أنه إذا سلم الدار المستأجره يستحق الأجره كذلك هنا إذا سلم نفسه أو نفس المستأجر على العمل يستحق الأجره و لا فرق فى ذلك بين الأجير المشترك أو الخاص و عباره (المجله) فى هذه الماده مجمله لا يعلم هل المراد ان الأجير المشترك لا يستحق الأجره إلا بالعمل اى بعد العمل أو عند الشروع بالعمل و لكن

یظهر ان المراد الأول من مقابلته بالأجیر الخاص فی ماده (۴۲۵) الأجیر الخاص یستحق الأجره إذا کان فی مده الإجاره حاضراً للعمل و لا یشترط عمله بالفعل و لکن لیس له ان یمتنع عن العمل و إذا امتنع فلا یستحق الأجره.

و «التحقیق» ما أوضحناه لک من عدم الفرق بین الأجیرین من حیث أصل الاستحقاق بمقتضی العقد و ان جرت العاده نظرا الی تلک الملاحظه علی الفرق بینهما فافهم ذلک و تدبره.

(ماده: ۴۲۶) من استحق منفعه معینه بعقد الإجاره له ان یستوفی عینها أو مثلها أو ما دونها

و لکن لیس له ان یستوفی ما فوقها مثلا لو استأجر الحداد حانوتا علی ان یعمل فیه صنعه الحداده له ان یعمل فیه صنعه مساویه فی المضره لصنعه الحداد و لو استأجر دارا لیسکنها فله ان یضع أشیاءه فیها و لکن لیس لمن استأجر حانوتا للعطاره ان یصنع فیه صنعه الحداد.

هذه الماده مشوشه غیر وافیه بإیضاح المراد و إعطاء الضابطه و کان یلزم ان تضم إلیها الماده التی بعدها (۴۲۷) کل ما اختلف باختلاف المستعملین یعتبر فیه التقیید مثلا- لو استکری أحد دابه لرکوبه لیس له ان یرکبها غیره.

و «تحریر هذا البحث ببیان ینجلی به وجه الحقیقه.

انه یلزم فی عقد الإجاره کما عرفت تعیین المنفعه أو العمل المستأجر علیه بنحو تنحسم به کل خصومه محتمله و رافع لکل غرر و جهاله، فلو

استأجر دابه- فكما يلزمه تعيين الزمن لركوبها و المسافه و من اين و إلى اين كذلك يلزمه ان يعين من الذى يركبها و هل هى شخصيه فلا يستوفيها الا هو أو شخص معين، أو كليه يملكها هو و يستوفيها هو أو من يشاء و إذا كانت للحمل لا للركوب وجب عليه تعيين الوزن و جنس المحمول من قطن أو جديد أو طعام و كذلك إذا استأجر حانوتا يلزمه ان يعين المهنه التى يزاولها من حداده أو نجاره أو غيرها من الصنائع التى تختلف تأثيراتها على العقارات و على الابنيه و هى الأعمال التى يعتبر فيها التقييد و التعيين فإن أوضح و قيد فى متن العقد تعين و ان أطلق يعنى استأجر هذا الحانوت سنه معينه أو هذه السنه و لم يذكر ما يشتغل فيه أو استأجر هذه الدابه للحمل من (النجف) الى (بغداد) و لم يعين الوزن و الجنس فان كان هناك عرف ينصرف إليه الإطلاق، أو قرينه مقاليه أو حاليه يبتنى العقد عليها فى تقييد تلك الجهات و تحديدها، تعينت و صارت بحكم المذكور فى العقد، و ان لم يكن عرف أشكل صحه العقد للجهاله و الغرر الذى هما مثارا للخصومه و النزاع و تفكك الأوضاع، و لكن لو عينا صنعه أو صفه فتجاوزها فاما ان يكون التجاوز إلى صنعه أخرى تغايرها بالحقيقه كما لو عينا الحداده فتجاوزها إلى النجاره أو استأجر الدابه لحمل وزنه من الخشب فحمل عليها وزنه من الشعير مثلا ففيها تفصيل يأتى بيانه و ان تجاوزها الى ما يغايرها بالكم فقط فان زاد كما لو حمل عليها من الخشب وزنتين كان ضامنا و لصاحب الدابه الخيار بين ان يفسخ فيأخذ أجره المثل على الوزنتين و بين الإمضاء و يأخذ

أجره المثل للوزنه الثانيه، و ان حمل عليها الأنقص كما لو حمل عليها نصف وزنه صحت و ليس للمستأجر المطالبه بأجره الباقى لأنه قد فوته باختياره و قد ظهر مما ذكرنا- ان من استأجر الحانوت لصنعه من حداده أو غيرها ليس له ان يشتغل فيه بصنعه مساويه للحداده فى المضره أو زائده عليها أو ناقصه منها، نعم لو كان الاختلاف فى المقدار فقط فان نقص صح و لا شى ء و ان زاد فالخيار الذى عرفت، كما ان قول (المجله) فى ماده (۴۲۷) لو استكرى أحد لركوبه دابه ليس له ان يركبها غيره، انما يتم فى الإجاره الخاصه الشخصيه لا مطلقا و منه يستبين الخلل أيضا فى ماده (۴۲۸) كل ما لم يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو، مثلا- لو استأجر أحد دارا على ان يسكنها له ان يسكن غيره فيها.

فان المالك إذا اشترط ان يسكنها المستأجر اما وحده أو مع عياله و لا يسكن غيره فيها لزم الشرط و صح التقييد سواء كان يختلف باختلاف المستعملين أم لا و أدله الشروط عامه، فلو خالف كان للمالك الخيار بين الفسخ ورد المسمى و أخذ أجره المثل و بين الإمضاء و المطالبه بالزائد- ان كان ثمه زياده- نعم فى الإجاره الكليه التى يملك فيها منفعه الدار المطلقه لا المنفعه الخاصه لا مانع من ان يسكنها من يشاء و لكن بالمقدار المتعارف أيضا بالنسبه الى ما تتحمله تلك الدار، فقول (المجله) ان مالا يختلف- فالتقييد فيه لغو- على إطلاقه غير صحيح

(ماده:- ۴۲۹) يجوز للمالک ان يؤجر حصته الشائعه من الدار المشترکه لشريکه ان کانت قابله للقسمه أو لم تکن،

و ليس له ان

يؤجرها لغيره و لكن بعد المهايأه له ان يؤجر نوبته للغير و «تحرير البحث» فى إجاره المشترك أى المشاع- ان المشاع ان آجر الشريكان حصتهما لثالث أو آجر أحدهما على الآخر فلا اشكال و ان آجر كل واحد منهما حصته لا جنبى فإن كان المشاع يتسع للمستأجرين فلا إشكال أيضا فى صحه الاجارتين و انتفاعهما معا و لا تزاحم و ان كان لا يتسع فإن أمكن قسمته و لا ضرر يجبران عليها أو يتفقان على الإجاره لأحدهما و قسمه الإجاره بينهما و ان كان فى قسمته ضرر فاما ان يتفقا على الإجاره الواحده أيضا و إبطال الأخرى أو يجبر الحاكم المستأجرين على المهايأه الزمنيه فان لم يوافق الشريكان أو المستأجران على شى ء من ذلك اجبر الحاكم الشريكين على أحد الأمرين من بيع المشاع على ثالث أو شراء أحدهما حصه الآخر، و ليكن هذا أحد أنواع ازاله الشيوع الشائع فى المحاكم الرسميه فى هذه العصور و هو الأمر الواقع الذى لا محيص عنه فى مثل هذه الخصومات و يطرد فى كل ما لا يمكن قسمته من مثل الرحى و الطاحونه و مكينه الماء و مكينه الخياطه و أمثالها و مما ذكر عرفت القدح فى قول (المجله) و ليس له- أى الشريك- ان يؤجر حصته لغير شريكه، فإنه لا مانع من إيجار الشريك حصته لمن شاء بقاعده (الناس مسلطون،،،) غابته ان كلا من الشريكين لو آجر لأجنبى فحال المستأجرين حال المالكين لا يتصرف أحدهما بالمشاع إلا برضا الآخر فان اتفقا فذاك و ان اختلفا و تشاحا فالميزان ما ذكرنا من المهايأه أو إبطال احدى الاجارتين أو ازاله الشيوع بأمر الحاكم

على اختلاف الصور هذا كله فى إجاره الشريكين معا أو إجاره أحدهما الآخر، و اما إجاره أحدهما فقط لأجنبى فلا يخلو اما ان يؤجر حصته من المشاع فقط أو يؤجر تمام المشاع ففى الصوره الأولى يقوم المستأجر مقام المالك الشريک تماماً فاما انتفاعهما بالعين معا أو المهايأه أو ازاله الشيوع أو القسمه على اختلاف أنحاء العين المشاعه حسب ما أشرنا له، و فى الثانيه تمضى الإجاره فى حصته لزوما و تبقى فى حصه شريكه موقوفه على الإجازه فإن حصلت نفذت و الا بطلت ثم المستأجر يكون حاله مع الشريک حال شريكه الآجر و يجرى ما سبق، فتدبر هذا و اغتنمه و «الضابطه العامه» فى المقام أنه متى حصل التشاح و النزاع بين لشريكين فى المشاع فى أنفسهما أو فى اجيريهما فالمرجع هو الحاكم ليجد حلا مشروعا لقطع مشاجرتهما و رفع خصومتهما، و يختلف باختلاف الظروف و الأحوال و البيئه و الرجال.

(ماده: ۴۳۰) الشيوع الطارى لا يفسد عقد الإجاره،

مثلا- لو آجر أحد داره ثم ظهر لنصفها مستحق تبقى الإجاره فى نصفها الآخر الشائع هذا ليس من الشيوع الطارئ أصلا بل هو من الشيوع القديم و يمكن ان يجعل من الشيوع الطارى ما لو آجر داره ثم باع نصفها أو آجر فمات فانتقلت إلى الورثه بناء على الأصح عندنا من عدم بطلان الإجاره يموت المؤجر كعدم بطلانها بموت المستأجر، و على كل فقد عرفت ان الشريک إذا آجر تمام المشاع فهو فضولى بالنسبه إلى حصه الشريک

الآخر ان شاء أجاز و ان شاء فسخ سواء كانت الإشاعه معلومه من أول الأمر أو ظهرت بعد ذلك.

(ماده: ۴۳۱) يسوغ للشريكين ان يؤجرا مالهما المشترک لآخر معا

مثل ماده (۴۳۲) يجوز إيجار شی ء واحد لشخصين.

و كلاهما من الواضحات.

الباب الثانی فی بیان المسائل المتعلقه بعقد الإجاره

اشاره

و یشتمل علی أربعه فصول

الفصل الأول فی بیان مسائل رکن الإجاره

(ماده: ۴۳۳) تنعقد الإجاره بالإیجاب و القبول کالبیع.

عرفت قریبا ان تحقق معنی الإجاره و أثرها و هو تملک المنفعه بالمال یقوم علی ثلاثه أرکان ۱-: العقد ۲-: العاقدین- المؤجر و المستأجر- ۳-: العوضین- المنفعه و الأجره.

اما العقد- فهو الإیجاب و القبول کما فی البیع و لکن الصیغه الصریحه هی: آجرت و کریت، و القبول هو: استأجرت و قبلت و ما أشبه ذلک من الألفاظ الصریحه، اما مثل: بعتک المنفعه، أو: صالحتک أو ملکتک فهو و ان صح و کان نتیجته نتیجه الإجاره و لکن لیس هو منها بشی ء فضلا عن مثل: أعرتک و وهبتک و أضرابها و ان سبق الی و هم کثیر

من شراح (المجله) دخولها فی الإجاره، و قد سبق ما یوضح لک ذلک فتدبره.

کما أنک عرفت فی [الجزء الأول] ان الصیغه الصریحه فی عامه العقود هی صیغه الماضی دون الأمر و الاستقبال کما أوضحت ذلک

ماده [۴۳۵] الإجاره کالبیع أیضا تنعقد بصیغه الماضی

و لا تنعقد بصیغه المستقبل.

[ماده: ۴۳۶] کما ان الإجاره تنعقد بالمشافهه کذلک تنعقد بالمکاتبه و بإشاره الأخرس.

قد تقدم فی مباحث البیع أن العقود لا تصح بالکتابه، و الکتابه حاکیه لا منشئه، فهی تحکی عن الألفاظ و الألفاظ تحکی عن المعانی، إما إشاره الآخرس فمع عدم إمکان التوکیل تکفی إذا أفهمت و لا یقع شی ء من العقود بالرسول و لا بالرساله إلا إذا کان الرسول وکیلا.

(ماده: ۴۳۷) تنعقد الإجاره بالتعاطی أیضا

کالرکوب فی بأخره المسافرین و زوارق الشوارع و دواب الکراء من دون مقاوله فإن کانت الأجره معلومه أعطیت و الا اجره المثل.

إذا کانت الأجره معلومه أو اتفقا علی أجره معینه کانت إجاره معاطاتیه و الا لم تکن لا من الإجاره العقدیه و لا المعاطاتیه لما عرفت فی البیع من ان المعاطاه یلزم ان تکون واجده لکل ما یعتبر فی البیع سوی العقد، نعم إذا استوفی المنفعه بغیر تواطؤ علی الأجره و لا معلومیه لزمت اجره المثل من باب الضمان و الغرامه فتدبر.

(ماده: ۴۳۸) السكوت فی الإجاره يعد قبولا و رضاء،

مثلا- لو استأجر رجل حانوتا فی الشهر بخمسين قرشا و بعد ان سكن فيه مده شهر اتی الآجر و قال ان رضيت بستين فأسكن و الا فاخرج و رده المستأجر و قال لم ارض و استمر ساكنا يلزمه خمسون قرشا كما فی السابق و ان لم يقل شيئا و لم يخرج من الحانوت و استمر ساكنا يلزمه إعطاء ستين قرشا كذلك لو قال صاحب الحانوت مائه قرش و قال المستأجر ثمانين و أبقی المالك المستأجر و بقی هو ساكنا أيضا يلزمه ثمانون و لو أصر الطرفان فی كلامهما و استمر المستأجر ساكتا تلزمه اجره المثل.

لعمرك انه حكم غريب لا يساعده الوجدان و لا البرهان فان المالك إذا قال أنا لا أرضـی بان تسكن داری بستين فی الشهر فان رضيت و الا فاخرج فقال الساكن لا ارضی و استمر ساكتا كيف يلزم المالك قبول الخمسين و قد صرح بعدم رضاه الا بستين.

و «بالجمله» فالمدار علی قول المالك لا علی رد المستأجر، فإن السكوت انما يكون رضا حيث لا يكون مسبوقا بالرد الصريح و المفروض ان المالك صرح بعدم رضاه الا بالستين و قد أمره بالخروج ان لم يرض و أی دلاله أصرح من هذا فهل يعقل ان يكون السكوت مزيلا لهذا البيان المعتمد علی قاعدتی (لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه) و (الناس مسلطون علی أموالهم).

و «بالجمله» فهذا ليس من موارد السكوت الذی يعتمد عليه و يستند اليه بل يجب عليه فی الفرض ان يدفع الستين و هكذا فی نظائره.

نعم، الرجوع الى أجره المثل فى الصوره الأخيره متجه كما لا يخفى و فى الصوره السابقه له وجه، اما ما يقوله المستأجر فلا يلزم به المؤجر قطعا فليتدبر.

(ماده: ۴۳۹) لو تقاولا بعد العقد على تبديل البدل أو تزييده أو تنزله يعتبر العقد الثانى.

المقاوله بعد تماميه العقد الأول لا تجدى و لا ترفع ما وقع عليه ذلك العقد، نعم لو فسخا العقد الأول و عقدا ثانيا يعتبر العقد الثانى و لغا الأول

(ماده: ۴۴۰) الإجاره المضافه صحيحه و تلزم قبل حلول وقتها

بناء عليه ليس لأحد العاقدين فسخ الإجاره بمجرد قوله ما آن وقتها تقدم اصطلاحهم على ان الإجاره المنجزه هى الإجاره التى يتصل استحقاق المنفعه بها بزمان العقد، و المضافه هى التى يتأخر الاستحقاق فيها عن زمان العقد كما لو آجره الدار السنه التى بعد هذه السنه أو بعد هذا الشهر و هكذا، و لا ريب عندنا فى صحتها و لزومها كالمنجزه، و كل إجاره إذا وقعت صحيحه لا يسوغ لأحدهما فسخها كما فى ماده (۴۴۱) الإجاره بعد ما انعقدت صحيحه لا يسوغ للآخر فسخها بمجرد ضم الحارج على الأجره لكن لو آجر الوصى أو المتولى عقار اليتيم أو الوقف بأنقص من اجره المثل تكون الإجاره فاسده و تلزم اجره المثل.

اما انفساخ اجاره عقار اليتيم و الوقف إذا كانت أقل من ثمن المثل فيمكن ان يكون وجهه هو ان اجره المتولى أو الولى و الوصى منوطه بالمصلحه فإذا لم توافق المصلحه تكون باطله و لكن مع البطلان فان

استوفى المستأجر المنفعه يستوفى منه اجره المثل و الا فتؤجر بما فيه الغبطه لليتيم أو الوقف فلعلما يحصل راغب بأكثر من اجره المثل فلا وجه للقول بها على الإطلاق.

(ماده: ۴۴۲) لو ملك المستأجر عين المأجور بإرث أو هبه يزول حكم الإجاره.

أوضح مثال لهذا الفرع ما لو استأجر دارا ثم اشتراها. ثم ان شراءه لها لا يخلو اما ان يكون بعد استيفاء تمام المنفعه أو بعضها أو قبل استيفاء شى ء منها، اما الاولى فلا إشكال فى صحه البيع و الإجاره و يستحق المالك ثمن العين و اجره المنفعه و هو واضح، و أما الثانيه و الثالثه فقد يقال ببطلان الإجاره فيهما بالنسبه إلى الجميع فى الأخيره و الثانى فى الثانيه بزعم ان الإنسان لا يدفع اجره على الانتفاع بملكه و هو واضح الضعف فإنه لم يدفع اجره على الانتفاع بملكه بل على منفعه ملك غيره فإنه قد تملك المنفعه ما كان يملك العين و حين ملك العين لم يبق فيها منفعه بل ملكها مسلوبه المنفعه كما لو اشترى دارا مأجوره لغيره.

و (الخلاصه) ان البيع اللاحق لا يزاحم الإجاره الصحيحه السابقه و لا يبطلها بل كلاهما صحيحان مؤثران، هذا بالنسبه العين و ذاك بالنسبه إلى المنفعه فحكم (المجله) ببطلان الإجاره لا وجه له.

(ماده: ۴۴۳) لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجاره.

المقصود بهذه الماده بيان أسباب انفساخ الإجاره و بطلانها بعد وقوعها

صحیحه، و قد أحسنت «المجله» فی ضابطه الانفساخ إجمالا- و هی العذر المانع من اجراء موجب العقد و تفصیل ذلک ان الانفساخ أما زوال العین التی هی محل الإجاره أو زوال المستأجر الخاص علی العمل، مثلا- لو استأجر هذه الدابه المعینه فماتت أو استأجره لقلع ضرسه فبرأ أو سقط أو استأجر الشخص المعین للعمل فمرض أو مات فلا إشکال فی ان الإجاره تبطل فی جمیع هذه الفروض، و کذا لو استأجر الدکان فانهدم. ثم إن کان زوال الموضوع قبل استیفاء شی ء من المنفعه فلا إشکال فی انها تنفسخ و یسقط تمام الأجره و ان کان بعد استیفاء مقدار منها فبالنسبه کما لو رکب الدابه فماتت فی منتصف الطریق فیمکن القول باستحقاق نصف الأجره علی تأمل، و لعل المقامات تختلف فیلزم التأمل فی کل مورد بخصوصه و مع التخاصم فالرجوع الی الحاکم اجری و احکم و اللّه اعلم.

و (من موارد الانفساخ) ما ذکر فی (المجله) من الأمثله لو استأجر طباخا للعرس و مات أحد الزوجین، و یمکن المناقشه فی المثال فان موت أحد الزوجین لا یستلزم سقوط الطبخ فلیکن الطبخ للعزاء لا للهناء، نعم المثال الثانی صحیح و هو- من کان فی سنه الم فاستأجر علی إخراجه فزال الا لم تنفسخ الإجاره و کذلک وفاه الصبی أو الظئر لا بوفاه المسترضع و هذا البحث واسع و ستأتی له أمثله و فروع کثیره.

الفصل الثانی (فی شروط انعقاد الإجاره و نفاذها)

اشاره

شروط انعقادها هی شروط الصحه، و الإجاره عندنا إذا صحت لزمت و لیس فیها خیار ذاتی کخیار المجلس فی البیع و خیار الحیوان و خیار التأخیر- نعم تجری فیها الخیارات العامه کخیار العیب و الغبن و نحوها کما سیأتی.

أما شرائط الصحه فتاره بالنسبه إلی العقد و اخری إلی المتعاقدین و ثالثه إلی الأجره و المنفعه، اما العقد فقد سبق القول فیه فی الفصل الأول، و کان ینبغی ان تخص (المجله) هذا الفصل لشرائط المتعاقدین و تخص الأول بشرائط العقد و لکنها أدخلت بعضا فی بعض و خلطت فی الفصلین بین شرائط هذا و ذاک ففاتها حسن التحریر و متانه التألیف، ففی ماده (۴۴۴) یشترط فی انعقاد الإجاره أهلیه العاقدین یعنی، کونهما عاقلین ممیزین، ذکرت شرائط العاقدین من العقل و التمییز و أهلیه التصرف بالملک أو الوکاله أو الولایه أو الوصیه عن المالک و لکنها أقحمت فی خلال ذلک ماده (۴۴۵) المشتمله علی ما هو من شرائط العقد و هو اشتراط موافقه الإیجاب و القبول و اتحاد مجلس العقد و کان حق هذا ان یذکر فی الفصل الأول.

و کیف کان فلا ریب فی فساد عقد المجنون حال جنونه عند الجمیع و هو

عند الإماميه من الشـرائط العامه المعتبره فى صحه كل عمل من عباده أو معامله و أولها العقل، و ثانيها البلوغ، و لكن بعض فقهاء المـذاهب يكتفون بالتمييز عن البلوغ فتصح عندهم معامله الصبى المميز، أما الإماميه فبين قائل بالبطلان مطلقاً و هم الأكثر و بين قائل انها موقوفه على اجازه الولى فيشـبه الفضولى من هذه الجهه و ان كان العاقد مالكا، و هذا القول سديد و لعل القائل به كثير حتى من فقهـاء المـذاهب كالاحناف و غيرهم و قيل بنفوذه مطلقاً أو فى خصوص الوصـيه و نحوها مما ورد النص به و القائل به منا قليل.

اما توافق الإيجاب و القبول فهو شـرط ضرورى و ركنى فلو وقع القبول على غير ما وقع الإيجاب عليه لم يقع عقد أصلًا، اما اتحاد مجلس العقـد فغير لازم لا هنا و لا فى البيع انما اللازم فيهما كما مرت الإشاره إليه فى البيع- الموالاه بين الإيجاب و القبول- و تحصـل بحفظ الهيئه الاتصاليه بينهما بحيث لا يعـد القبول مبتوراً عن الإيجاب ككلام مسـتقل و قـد أوضـحناه فى (الجزء الأول) مفصـلًا فراجع، فإذا حصل التوالى بين الإيجاب و القبول صـح العقـد من هـذه الجهه سواء اتحد مجلس العقد أم تعدد فلو أوجب المؤجر فى غرفه ثم قاما مصطحبين إلى غرفه قريبه و قبل المستأجر حصل التوالى و ان تعدد مجلس العقد و هو واضح.

(ماده: ۴۴۶) يلزم ان يكون الآجر متصرفا بما يؤجره أو وكيل المتصرف أو وليه أو وصيه،،،

هذه الماده لبيان أهم شرائط الإجاره كما كانت أهم شرائط البيع و هى اعتبار ملكيه المؤجر أو وكالته أو ولايته عن

المالـك و لكن قولهـا بنـاء عليه يلزم ان يكون الأـجر إلى الآخر- لا يظهر وجهه فان هـذا شـرط برأسه لا علاقه له بالماده السابقه عليه و هی مـوافقه الإيجـاب و القبـول و كـان حـق المعنی و التعـبير ان تقول: يلزم ان يكون الآـجر له حق التصـرف فی المـأجور بملكك أو ولايه أو وكاله أو وصيه، و أنواع الولايه سته.

۱-: ولايه الأب و الجد على الصغير.

۲-: ولايه القيم المنصوب منهما.

۳-: ولايه الوصی على الثلث.

۴-: متولی الوقف.

۵-: الحاكم الشرعی و منصوبه على الصغير الذی لاولی له من أب أوجد أو منصوبهما و على الغائب و المجنون و الممتنع.

۶-: ولايه الامام على الأراضی الخراجيه و الأنفال و نحوها.

اما الأمانات فإذن لا ولايه فتدبرها.

و هـذه الولايات بعضـها مع بعض قـد تكون طوليه و قد تكون عرضـيه فإذا اجتمع وليان أو أكثر كأب و جد نفذ تصـرف السابق منها و بطل اللاحق و إذا اقترنا بطلا حيث لا يمكن الجمع.

و من العی فی البيان قولهم يلزم ان يكون الآجر متصرفاً ای مالكا للتصرف فتدبره.

(ماده: ۴۴۷) انعقاد إيجار الفضولی موقوف على اجازه المتصرف،

فان كان المتصرف صغيراً أو مجنوناً فالولی أو الوصی بشرط ان يكون

قد أوجر بأجر مثله، لكن يشترط فى صحه الإجازه قيام و بقاء أربعه أشياء- العاقدين، و المال المعقود عليه، و بدل الإجاره ان كان من العروض و إذا عدم أحد هؤلاء فلا تصح الإجازه.

يعنى انها موقوفه على اجازه المالك فلو كان المالك صغيراً أو مجنوناً فالولى أو الوصى إذا كانت الإجاره ببدل المثل- و الاولى ان يقال إذا كانت الإجاره موافقه للغبطه و المصلحه إذ قد تكون الغبطه فبما دونه، و على كل فيعتبر فى صحه الإجازه و نفوذها بقاء أمرين فقط- المنفعه و الأجره- إن كانت عيناً خارجيه لا ديناً فى الذمّه اما العاقد الفضولى فلا أثر لبقائه و عدمه إذ هو آله للتلقط فقط، و أما المعقود له الأصيل فالأصح أيضاً اعتبار بقائه على الأهليه من الحياه و العقل و غيرها و ان أمكن المناقشه فى ذلك فليتدبر.

(الفصل الثالث) فى شروط صحه الإجاره

[ماده: ۴۴۸] يشترط فى صحه الإجاره رضا العاقدين.

حق هذا الشرط و لو احقه من القصد و الاختيار و نظائرها أن يذكر فى الفصل المتقدم الذى ذكر فيه بعض شروط العاقدين من العقل و التميز و لا ـ يحسن هذا التبعثر و الخلل فى النظام و كان ينبغى قصر هذا الفصل على شرائط المنفعه و العوض كما هو أكثر مواده بل كلها عدا الاولى.

ثم ان جميع مواد هذا الفصل قد اشتملت على شرطين من شروط

المنفعه و العوض- و هما: التعيين أولًا و تعيين كل شی ء بحسبه و الغرض المهم منه بيان كل ما يكون الإخلال به موجباً للغرر أو التشاجر بين المستأجر و المؤجر، و القدره على تسليم المنفعه أو العين المؤجره ثانياً، فلا تصح إجاره الدابه الشارده و العبد الآبق و أمثال ذلك.

و جميع مواد هذا الفصل قويه متينه و نحن نوردها عليك درجاً تباعاً لوضوحها و عدم حاجتها الى تعليق أو تحرير.

(ماده: ۴۴۹) يلزم تعيين المأجور

بناءً عليه لا يصح إيجار أحد الحانوتين من دون تعيين.

(ماده: ۴۵۰) يشترط ان تكون الأجره معلومه. (ماده: ۴۵۱) يشترط فی الإجاره ان تكون المنفعه معلومه

بوجه يكون مانعاً للمنازعه.

(ماده: ۴۵۲) المنفعه تكون معلومه ببيان مده الإجاره

فی أمثال الدار و الحوانيت و الظئر.

(ماده: ۴۵۳) يلزم عند استئجار الدابه تعيين المنفعه

بكونها للركوب أو للحمل أو إركاب من شاء من التعميم مع بيان المسافه أو مده الإجاره.

(ماده: ۴۵۴) يلزم فی استئجار الأراضی بيان كونها لأی شی ء استؤجرت

مع تعيين المده فإن كانت للزرع يلزم بيان ما يزرع فيها أو تخيير المستأجر بأن يزرع ما شاء من التعميم.

(ماده: ۴۵۵) تكون المنفعه معلومه فی استئجار أهل الصنعه ببيان العمل

يعنی بتعيين ما يعمل الأجير أو تعيين كيفيه عمله فإن أريد صبغ الثياب

يلزم إراءتها للصباغ أو بيان لونها أو إعلام رقتها.

(ماده: ۴۵۶) تكون المنفعه معلومه فى نقل الأشياء بالإشاره

و بتعيين المحل الذى ينقل اليه مثلا- لو قيل للحمال انقل هذا الحمل الى المحل الفلانى تكون المنفعه معلومه لكون الحمل مشاهد و المسافه معلومه.

(ماده: ۴۵۷) يشترط ان تكون المنفعه مقدوره الاستيفاء

بناء عليه لا يصح إيجاره الدابه الفاره.

الفصل الرابع فى فساد الإجاره و بطلانها

اشاره

الفساد عندهم- غير البطلان- كما سبق فى البيع فيريدون من بطلانها الخلل فى أركانها، و من فسادها عدم استجماع شرائطها، و من هذا يظهر التسامح فى ماده (۴۵۷) تبطل الإجاره ان لم يوجد أحد شروطها مثلا- إيجار المجنون و الصبى غير المميز كاستيجارهما باطل لكن لا تنفسخ الإجاره بجنون الآجر بعد انعقادها.

،، فان فقد العقل و التمييز فقد ركن لا فقد شرط، نعم لو وقعت الإجاره صحيحه ثم عرض لأحدهما الجنون أو فقد التمييز أو الموت لم تبطل لأن الأهليه شرط حدوثا لا استدامه، و على كل حال فان هذا الاصطلاح اعنى الفساد و البطلان عديم الفائده فاقد الأثر، ضروره ان الإجاره سواء كانت فاسده أو باطله ان علم المستأجر قبل الاستيفاء حرم عليه التصرف

و لو تصرف ضمن اجره المثل و لو علم بعده لم یکن علیه الأجره المثل مطلقاً فأی فرق بین الفاسده و الباطله فی الأثر العملی، أما الأجره المسماه فلا تلزم أیضاً علی کلا التقدیرین و انما اللازم اجره المثل بعد الاستیفاء مطلقاً و لا فرق فی ذلک بین مال الکبیر و الصغیر و الملک و الوقف و العاقل و المجنون فالکل سواء امام القاعده و القانون و القضایا الکلیه، و علیه فلا وجه لماده (۴۵۹) لا- تلزم الأجره- أی المسماه- فی الإجاره الباطله بالاستعمال و لکن یلزم المثل ان کان مال الوقف أو الیتیم و المجنون بحکم الیتیم.

فإن أجره المثل لازمه فی الباطله و الفاسده و فی الیتیم و غیره و ظهر أیضاً سقوط مادتی (۴۶۰، ۴۶۱) الإجاره الفاسده نافذه لکن الآجر یملک فی الإجاره أجره المثل و لا یملک الأجر المسمی.

فان النفوذ لا معنی فیه و لا اثر له هنا و الفاسده و الباطله متساویان فی استحقاق بدل المثل.

(ماده: ۴۶۲) فساد الإجاره ینشأ بعضه من کون البدل مجهولًا

و بعضه عن فقد شرائط الصحه الآخر ففی الصوره الأولی یلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ و فی الصوره الثانیه یلزم أجر المثل بشرط ان لا یتجاوز الأجر المسمی.

هذا التفصیل غیر مطرد ففی صوره جهل البدل لا ریب فی لزوم اجره المثل اما فی الثانیه فإن کان فساد الإجاره من جهه عدم الرضا کما لو کان مکرهاً أو غافلا أو هازلا فاللازم بالاستعمال اجره المثل أیضاً، نعم لو کان الفساد من جهه عدم التعیین کما لو قال له: آجرتک أحد

الحانوتین أو إحدی الدابتین بخمسه دراهم، فان اللازم هنا أقل الأمرین منها و من بدل المثل فلو کان بدل المثل سبعه لزمت الخمسه فقط لأنه قد رضی بها حسب الفرض و لو کان بدل المثل ثلاثه تعینت هی لا الخمسه لفساد عقد الإجاره بعدم التعیین و لیس هذا من جهه الفرق بین الفساد و البطلان بل من جهه الرضا بالأقل مع بطلان العقد فتدبره جیداً، و تأمل.

الباب الثالث «فی بیان المسائل التی تتعلق بالأجره»

اشاره

«و یحتوی علی ثلاثه فصول»

الفصل الأول عرفت ان البیع و الإجاره کلیهما یقعان علی العین

و لکن البیع من حیث ذاتها و رقبتها و الإجاره من حیث منافعها و غلتها، و قوام المعاملات- بل العالم کله، بالحیثیات و لو لا الحیثیات «کما قیل» بطلت الحکمه، فالمعوض فی البیع هو العین لا غیر، و فی الإجاره المنفعه فقط، اما العوض فکل مال سواء کان عیناً أو منفعه، عروضاً أو نقوداً، فکما یصح بیع الدار بمنفعه دار اخری کذلک یصح اجاره دار بمنفعه دار اخری.

و (الضابط العام) فی بدل الإجاره ان یکون مالا معلوماً مملوکاً طلقاً مقدوراً علی تسلیمه، و هذا کما یصلح ان یکون ثمناً فی البیع یصلح ان یکون عوضاً فی الإجاره سواء بسواء و من کل هذا یظهر الخلل فی ماده «۴۶۳» ما صلح ان یکون بدلا فی البیع یصلح ان یکون بدلا فی الإجاره، و یجوز ان یکون بدلا فی الإجاره- الشی ء الذی لم یصلح ان یکون ثمناً، مثلا- یجوز ان یستأجر بستاناً فی مقابله دابه أو سکنی دار.

ای ان عوض الإجاره یقع منفعه کسکنی الدار کما یقع عیناً مثل الدابه و هذا متجه واضح و لکن الذی لا یتجه کون بعض ما یصلح بدلا فی

الإجاره لا يصلح ان يكون ثمناً، بل الحق ما عرفت من ان كل ما يصلح عوضاً فی الإجاره يصلح ثمنا فی البيع و بالعكس فتدبره.

اما-: ماده (۴۶۴) و ماده (۴۶۵) فالمقصود منهما أمر واحد و هو اعتبار معلوميه بدل الإجاره و قد عرفت سابقاً ان معلوميه العوضين اللازمه فی البيع تعتبر فی خمس جهات-: الوجود، و الحصول، و المقدار، و الجنس، و الوصف، فان كان من المكيلات أو الموزونات عرف مقداره بكيله و وزنه و ان كان من المعدودات فبعدده و الا فبمشاهدته و هكذا، و كل هذا يجری فی بدل الإجاره و بدون معلوميته بذلك النحو تقع الإجاره باطله، و كان يلزم الاكتفاء عنهما بماده واحده فإن الثانيه تغنی عن الأولی فإنها مستدركه فيقال هكذا-: يلزم ان يكون بدل الإجاره معلوما بتعيين مقداره و وصفه ان كان من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربه و يلزم تسليم ما يحتاج الی الحمل و المئونه فی المحل الذی شرط تسليمه فيه و ان لم يبين مكان التسليم فالمأجور ان كان عقاراً يسلم فی المحل الذی هو فيه و ان كان عملًا ففی محل عمل الأجير و ان كان حموله ففی مكان لزوم الأجره، و اما فی الأشياء التی ليست محتاجه إلی الحمل و المئونه ففی المحل الذی يختار للتسليم.

هذه القضيه أيضا لا تختص بباب الإجاره و لعله سبق فی مباحث البيع الإشاره الی ان ما يحتاج الی حمل و مئونه سواء كان ثمناً أو مثمنا و هنا أيضاً سواء كان مأجوراً أو اجره فإن أطلق فالمتبع عرف البلد و ان لم يكن عرف فاللازم التعيين فی العقد فان لم يعينا كان باطلا للجهاله و كل هذا

انما یجی ء فی الأشیاء المنقوله و ما یحتاج نقله إلی مئونه اما غیر المنقول فلا یدخل فی البحث أصلا و کذلک المنقول الذی لا مئونه فی نقله کالنقود، فقول (المجله) اما فی الأشیاء التی لیست محتاجه إلی الحمل و المئونه ففی المحل الـذی یختار للتسلیم، غیر سدید کما لا یخفی، اما العمل فینصرف عند الإطلاق إلی محل العمل ان کان له محل کالدار و البستان و الا فما یقع علیه الشرط.

الفصل الثانی فی بیان المسائل المتعلقه بسبب لزوم الأجره و کیفیه استحقاق الأجر و الأجره

«ماده: ۴۶۶» لا تلزم الأجره بالعقد المطلق یعنی لا یلزم تسلیم بدل الإجاره بمجرد انعقادها حالا.

عرفت مکرراً ان کلا من العوضین فی البیع و الإجاره یملکه الآخر بمجرد العقد و یجب علی کل منهما دفع ما فی یده الی الآخر فلو تشاحا أجبرهما الحاکم و یکفی فی إجاره الأعیان تسلیم العین لاستیفاء منفعتها و فی العمل التهیؤ أو تسلیم العامل نفسه و بهذا یظهر ان الملکیه لا تتوقف علی التسلیم و القبض، نعم استقرارها یتوقف علیه فمن المتجه ما فی ماده «۴۶۷» یلزم الأجره بالتعجیل، و لکن غیر متجه قولها: یعنی لو سلم المستأجر الأجره نقداً ملکها الآجر، فإن الملکیه کما عرفت لا تتوقف علی التسلیم بل یکفی العقد فی تحققها، نعم انما تلزم بالتسلیم و التسلم

فتدبر.

(ماده: ۴۶۸) تلزم الأجره بشرط التعجيل،،،

يعنى لو شرط إعطاء بدل الإجاره نقداً يلزم المستأجر تسليمه ان كان عقد الإجاره وارداً على منافع الأعيان أو على العمل ففى الصوره الأولى للآجر ان يمتنع عن تسليم المأجور و لكن الخيار لمن له الشرط لا لمن هو عليه فجعل الخيار لهما فى الماده غير سديد و فى الصوره الثانيه للأجير ان يمتنع عن العمل الى ان يستوفى الأجره.

و على كلتا الصورتين لهما مطالبه الأجره نقداً فان امتنع المستأجر عن الإيفاء فلهما فسخ الإجاره، هذا كله عملا بمقتضى الشرط و إذا لم يف بشرطه كان للآخر خيار تخلف الشرط إذا كان الشرط فى متن العقد.

(ماده: ۴۶۹) تلزم الأجره باستيفاء المنفعه

مثلا- لو استأجر أحد دابةً على ان يركبها الى محل ثم ركبها و وصل الى ذلك المحل يستحق آجرها الأجره.

يراد من هذه الماده و التى بعدها- (ماده: ۴۷۰)- بيان أمر واضح و هو أن الأجره التى تملك بالعقد عندنا تصير لازمه بأمرين (الأول) استيفاء المنفعه (الثانى) القدره على الاستيفاء، فمن استأجر داراً سنه أو شهراً و صارت فى يده الى تمام السنه لزمنه الأجره سواء سكنها أم لا لان فوات المنفعه بيده بمنزله الاستيفاء- فكان يلزم جعلهما ماده واحده بأوجز مما ذكروه بكثير بل و تنضم إليهما ماده (۴۷۱) لا يكفى

فی الإجاره الفاسده التمکن علی استیفاء المنفعه و لا تلزم الأجره ان لم یحصل الانتفاع حقیقه.

و سر ذلک ظاهر فإن الفاسده أو الباطله لیس لها أی اثر عقدی غایته انه ان استوفی المنفعه لزمه اجره المثل ضماناً و غرامه لا عقدا و معامله فإذا لم یستوف المنفعه فأی حق علیه؟، اما مع العقد و عدم الاستیفاء کما فی الصوره المتقدمه فالعقد الزمه بالأجره و هو قد فوت المنفعه علی نفسه. ه- و (الحاصل) ان کل من استولی علی مال غیره عیناً أو منفعه بغیر عقد معه و لا رضا منه فهو ضامن له بمثله أو قیمته سواء کان المال معدا للاستغلال أو لا و سواء صدق علیه عنوان الغصب أم لا طالبه المالک بالأجره أم لاـ و من هنا یظهر الخلل فی ماده (۴۷۲) و من استعمل مال غیره من دون عقد طالبه المالک بالأجره فإن کان معدا للاستغلال تلزمه اجره المثل و الا فلا، لکن لو استعمله بعد مطالبه صاحب المال الأجره و ان لم یکن معداً للاستغلال یلزمه إعطاء الأجره لأنه باستعماله فی هذا الحال یکون راضیاً بإعطاء الأجره.

فإن الأجره لازمه علی کل حال و لا وجه للفرق بین ما هو معد للاستغلال و بین غیره و لا بین المطالبه بالأجره و بین عدمها فان مال الغیر لاـ یحل إلاـ بإحراز الرضا و مع عدم إحراز الرضا فهو ضامن مطلقاً، و الرضا اللازم هو رضا المالک لا رضا مستوفی المنفعه، و الظاهر ان حکم (المجله) بعدم الأجره فی صوره عدم العقد مستند إلی القاعده المعروفه [الأجر و الضمان لا یجتمعان] ماده (۸۶) و هی من القواعد المسلمه عند الحنفیه و خالفهم

فیها الإمامیه و الشافعیه و قد تقدم فیها البحث مفصلا و سیأتی أیضاً فی ماده [۵۹۶] و- هب- أننا سلمنا بالقاعده تماشیاً و لکن ما وجه الفرق بین المعد للاستغلال و غیره و بین المطالبه بالأجره، و عدم المطالبه و الکل سواء بحکم القاعده؟ فاما عدم الضمان مطلقاً علی أصول الحنفیه و أما الضمان کذلک مطلقاً علی أصول الباقین فتدبره جیداً.

(ماده: ۴۷۳) قد تقدمت عیناً فی ماده (۴۶۸) کما أنها تغنی و لو أحقها عما بعدها ماده (۴۷۴) إذا شرط تأجیل البدل یلزم علی الأجر أولًا تسلیم المأجور و علی الأجیر إیفاء العمل و الأجره لا تلزم الا بعد انقضاء المده التی شرطت.

[ماده: ۴۷۵] یلزم علی الأجر أولا تسلیم المأجور و علی الأجیر إیفاء العمل فی الإجاره المطلقه

التی عقدت من دون شرط التعجیل و التأجیل علی کل حال، یعنی ان کان عقد الإجاره علی منافع الأعیان أو علی العمل.

قد عرفت ان حال الإجاره فی العوضین حال البیع فکما یجب التقابض بینهما فی البیع و لیس أحدهما بأولی من الآخر فی السبق بعد فرض استحقاق کل منهما ما علی الآخر و ان تشاحا أجبرهما الحاکم فکذلک فی الإجاره فلزوم تسلیم المأجور أولا علی المؤجر و إیفاء العمل بعد علی الأجیر لا وجه له إلا مع الشرط کما فی:-

(ماده: ۴۷۶) ان کانت الأجره موقوته بوقت معین کالشهریه و السنویه مثلا یلزم ایفاؤها عند انقضاء ذلک الوقت.

فـان المتبع فی جمیع هـذه الفروع و الفروض هو الشـرط، امـا المطلقه فالحکم فیها التقابض و التعجیل من الطرفین کل بحسـبه، و کذا مبدأ الوقت فی الموقته یتبع الشـرط فان جعله من وقت التسـلیم لزم کذلک و إلا فمن وقت العقد، فلو قال اسـتأجرت دارک سنه بدینار ادفعه بعد شـهر، فالإطلاق یقتضـی شـهراً بعد العقد لا بعد التسـلیم، نعم لو لم یسـلم لم یسـتحق الأجره و لکن لو سلم اسـتحق الأجره بعد شهر عن السنه التی هی من حین العقد لا من حین التسلیم، غایته ان المستأجر له الرجوع علی المؤجر بقیمه ما مضـی من المـده و یکون کالغـاصب و لاـ یبعـد ثبوت الخیار له، و من هنا یظهر الخلل فی ماده (۴۷۷) تسـلیم المأجور شرط فی لزوم الأجره یعنی تلزم الأجره اعتباراً من وقت التسلیم فعلی هذا لیس للآجر مطالبه اجره مده مضت قبل التسلیم و ان انقضت مده الإجاره قبل التسلیم لا یستحق الآجر شیئاً من الأجره، یعنی ان الإجاره تبطل لفوات محلها و یحتمل الصحه و الرجوع علیه بالقیمه.

و خلاـصه التحقیق هنـا- و ان مرت الإشـاره إلیه غیر مره- ان کلاـ من البـائع و المشتری و الأـجیر و المسـتأجر عنـد تمامیه العقد یسـتحق علی الآخر ما وقع العقد علیه و یصیر ملکاً له و لکن متزلزلا فإذا وقع القبض و الإقباض استقرت الملکیه و لازمها ان لکل منهما مطالبه الآخر بالمال المنتقل منه الیه سواء أقبض أحدهما الآخر و سـلمه أم لا فان استحقاق المطالبه من لوازم ذات العقد لا من لوازم تسلیم أحدهما و عدم تسلیمه.

و من هنا ظهر تسامح تعبیر السید الأستاذ قدس سره فی عروته إذ یقول:

و لکن لا یستحق المؤجر مطالبته الا بتسلیم العین أو العمل کما لا یستحق المستأجر مطالبتهما الا بتسلیم الأجره کما هو مقتضی المعاوضه، ا ه بل التعبیر الصحیح أن کلا منهما یستحق مطالبه الآخر سواء سلم هو أم لا و هو واضح.

(ماده: ۴۷۸) لو فات الانتفاع بالمأجور بالکلیه سقطت الأجره

مثلًا- لو احتاج الحمام الی التعمیر و تعطل فی أثناء تعمیره تسقط حصته تلک المده من الأجره و کذلک لو انقطع ماء الرحی و تعطلت تسقط الأجره اعتبارا من وقت انقطاع الماء و لکن لو انتفع المستأجر بغیر صوره الطحن من بیت الرحی یلزمه إعطاء ما أصاب حصه ذلک الانتفاع من بدل الإجاره.

هذا البحث الأثیل لم توفه (المجله) حقه مع انه من أهم مباحث الإجاره وقعاً، و أعمها نفعاً، و أوسعها فرعاً، و تحریره بتنقیح و اختصار- ان امتناع الانتفاع بالعین المستأجره لا یخلو إما ان یکون لأمر قهری (أرضی أو سمائی) أو لسبب اختیاری بشری أو لحادث اتفاقی اعتباری، و علی جمیع التقادیر فاما ان یحدث بعد العقد قبل القبض أو بعده، قبل استیفاء شی ء من المنفعه أو بعد استیفاء مقدار منها فیتخرج من ذلک عده صور.

الأولی-: ان یحدث المانع بعد العقد قبل القبض فان کان یعد تلفاً فلا إشکال فی البطلان اما لقاعده (کل مبیع تلف قبل قبضه ..) ان قلنا بأنها علی القاعده فتجری فی غیر البیع و الا فالخیار من جهه تعذر التسلیم کما سیأتی.

الثانيه-: ان يحدث بعد القبض قبل استيفاء شـی ء من المنفعه فإن كان تلفاً أو بحكمه كموت العبد و تشـرد الدابه و سقوط الانيه فی البحر كان له خيار تعذر التسليم فان المستأجر و ان قبض العين و استلام العين استلام لمنافعها فيكون التلف عليه كما فی البيع لو تلف المبيع فی يـد المشتری و لكن حيث ان المنافع تدريجيه الحصول فلا يكون اسـتلام العين اسـتلاماً لها الا بعد مضـی تمام المـده فتكون من هـذه الجهه بحكم غير المقبوض و ان كان قبضاً من حيث صـيروره الأجره به لازمه كلزوم العقـد الـذی هو من آثـار قبض المنفعـه الـتی وقعت الأـجره عنهـا فـان اختلاـف الحيـثيه كمـا عرفت يصـحح اختلاـف الحكم، و حينئـذ فإمـا الحكم بالانفساخ بقاعـده (التلف قبل القبض،،،) بناء علی عمومها لغير البيع أو الخيار لتعذر التسـليم، و إذا لم يكن تلفاً أو بحكمه كمطر أوجب انهدام الدار كلا أو بعضاً أو سـيل أوجب غرق المزرعه فلا تصلح للزرع و ما أشبه ذلک، كان للمستأجر خيار العيب و لو قلنـا بـأنه يلزم المالـک بالمبـادره إلی إصـلاحه فإن أمكن بحيث لا يفوت من المنفعه زمن معتـد به وجب و لا خيار و الا كان له الخيار.

الثـالثه-: ان يحـدث بعـد استيفـاء مقـدار من المنفعه فـإن كـان المـانع مما يعـد تلفاً بالنسـبه إلی الباقی جاءت قاعـده (التلف قبل القبض،،،) بناء علی عمومها و جاء التقسـيط و يكون الانفساخ حينئذ من حين حدوث المانع و اسـتقرب السـيد الأستاذ قدس سره كون الانفساخ من حين العقد فيرجع المسـمی إلی المستأجر و يدفع أجره المثل للمؤجر عن مقدار ما استوفاه من المنفعه و يدفعه أصاله اللزوم فی العقد و وجوب الوفاء به

حسب الإمكان، و إن لم يكن تلفاً فالخيار اما للعيب أو لتعذر التسليم.

الرابعه-: ان يكون المانع من فعل بشر و هو اما المؤجر نفسه أو المستأجر نفسه أو أجنبى فإن كان هو المؤجر فالمستأجر بالخيار بين الفسخ و استرجاع المسمى و بين الإمضاء و يأخذ منه بدل مثل المنافع التى استحقها بعقد الإجاره، و ان كان هو المستأجر لزم العقد و كان بمنزله استيفاء المنافع و ضمن للمؤجر العين و ان كان هو الأجنبى تخير المستأجر بين الفسخ و استرجاع المسمى لتعذر التسليم أو إمضاء العقد و الرجوع على الأجنبى ببدل المثل و على كلا التقديرين يضمن المتلف العين للمالك مسلوبه المنفعه و يدخل فى هذا النوع غصب الغاصب، و تسلط الظالم، و انتزاع الجائز و الغاشم، و ما الى ذلك من أنواع الاستيلاء العدوانى.

الخامسه-: ان يكون المانع من الانتفاع حادث اتفاقى اعتبارى كما لو استأجر حانوتا فى سوق ثم سقط استعمال ذلك السوق و صار الرواج فى سوق آخر أو هجرت القريه التى كان بها ذلك السوق أو صار إضراب و نحوه مما يوجب سد الحوانيت مده شهراً أو أكثر و أمثال ذلك من الحوادث الاتفاقيه فالمسئله هنا مشكله و لا تخلو من غموض فإنه و ان لم يكن تلفاً و لكن يشبه ان يكون بحكم التلف، و إذا لم يكن عيباً فيشبه ان يكون بمنزله العيب و مع ذلك كله فالظاهر أو الصريح من (المجله) لزوم الأجره-:

(ماده: ۴۷۹) من استأجر حانوتاً و قبضه ثم عرض للمبيع أو الشراء

كباد ليس له ان يمتنع عن إعطاء كراء تلك المده بقوله ان الصنعه ما راجت و الدكان بقى مسدوداً.

و عقده الاشكال ما ذكرنا من ان قبض المنافع نظراً لكونها تدريجيه لا يحصل بمجرد قبض العين بل لا بد من انتهاء المده فلو تعطلت المنافع فى بعض المده كان بمنزله التلف قبل القبض ينفسخ العقد بالنسبه اليه و يأتى التقسيط عند المشهور و الانفساخ القهرى فى الجميع عند السيد فى العروه، و وجه الأول ان العقد ينحل الى عقود، و وجه الثانى بساطه العقد، أو ان الانفساخ من حين المانع عندهم و من حين العقد عنده، و قد عرفت ان الأصح الأول، و ثمره المسأله لا تزال فى غلاف من الخفاء و من كل ما ذكرنا ظهر لك انه لو احتاج الحانوت أو الدار أو الحمام و ما أشبهها إلى إصلاح فى المده فهى على المؤجر، فاما تسقط من الأجره بحسابها أو يستوفى أياماً اخرى بمقدارها و من هذا الباب-:

(ماده: ۴۸۰) لو استأجر زورقاً على مده و انقضت فى أثناء الطريق تمتد الإجاره إلى الوصول الى الساحل

و يعطى المستأجر أجر مثل المده الفاضله.

و التعبير بامتداد الإجاره تسامح بل الإجاره تنتهى بانتهاء مدتها و لكنه مأذون بالإذن الشرعى لضروره حفظ النفس أو المال الى استعمال الزورق الى ان ينتهى إلى الساحل بأجره المثل و تظهر الثمره ان للمالك المؤجر ان يطالب بأجره المثل عن الأيام الزائده على المده لو كانت زائده على اجره المسمى بخلاف ما لو قلنا بامتداد الإجاره فتدبر.

أما (ماده: ۴۸۱) لو اعطى أحد داره آخر على ان يرمها و يسكنها بلا اجره

ثم رامها و سكنها ذلك الآخر كان من قبيل العاريه و مصارف

الأمانات لم یکن له ذلک سیما مع مطالبه المالک و کذا فی عقد الإجاره فإن للمؤجر ان یحبس العین حتی یقبض الأجره مع انه قـد تعلـق به حـق الغیر و هو المنفعه و لکنه معاوضـی لاـ یسـتحقه الاـ بـالعوض و لصـاحب الحق ان یحبسه حـتی یقبض العوض، فالعامـل فی العین سواء کـان لعمله أثر کالخیـاطه فی الثوب أو لاـ اثر له کحمل الطعام له ان یحبس الطعام أو الثوب حتی یقبض حقه، و اثر ذلـک انه لو حبس العین لاستیفـاء حقه بغیر تعـد و لاـ تفریـط لاـ ضـمان علیه فی الصورتین بل لا یبعـد صـحه إلزامه بالأجره و ان تلفت العین لأنها قد استقرت علیه و التلف لا یصلح لان یکون مسقطاً کما هو ظاهر، و هو نظیر ما لو تلفت العین فی یـده بعـد العمـل و قبض الأـجره بغیر تفریـط فکمـا انه لیس له ان یرجع بهـا کـذلک یجب علیه هنـا دفعهـا و التلف لاـ اثر له فی المقـامین و من هنـا ظهر الخلل فی ماده (۴۸۳) لیس للأـجیر الـذی لیس لعمله اثر کالحمـال و الملاح ان یحبس المسـتأجر فیه و بهذا الحال لو حبس الأجیر المال و تلف فی یده یضـمن و صاحب المال فی هذا مخیر ان شاء ضمنه محمولًا و اعطی أجرته و ان شاء ضمن غیر محمول و لم یعط أجرته.

التعمير عائده اليه و ليس لصاحب الدار ان يطالبه تلك المده بشى ء من الأجره- خارجه عن مباحث الإجاره، فإنها عاريه مشروطه بل إباحه مقيده و لا يختص هذا بالدار بل قد يعبره الدابه للركوب و يشترط عليه علفها، بل يمكن ان يقال: ان نفقه المستعار مطلقاً على المعير إلا إذا شرط انها على المالك على ان لزوم مثل هذه الشروط الواقعه فى العقود الجائزه كالعاريه أو فى ما يشبه الإيقاع كالإباحه محل نظر و لتحقيق ذلك مقام آخر.

الفصل الثالث فى ما يصح للأجير ان يحبس المستأجر فيه فى استيفاء الأجره و ما لا يصح

(ماده: ۴۸۲) يصح للأجير الذى لعمله اثر كالخياط و الصباغ و القصار ان يحبس المستأجر لاستيفاء الأجره ان لم يشترط نسيئتها و بهذا الوصله لو حبس ذلك المال و تلف فى يده لا يضمن و بعد تلفه ليس له ان يستوفى الأجره.

العين المأجوره لاستيفاء منفعتها أو للعمل فيها- كالدابه للركوب أو الثوب للخياطه أو الطعام للحمل- كلها امانه فى يد المستأجر و العامل لكن ليس على حد سائر الأمانات بل يده عليها يد أمانه معاوضه يعنى انها مقبوضه بالمعامله و العوضيه إما بالمثل أو القيمه أو المسمى و لذا جاز للبائع ان يحبس المبيع حتى يقبض الثمن و يتقابضا و لو كان على حد سائر

الباب الرابع فی (بیان المسائل التی تتعلق بمده الإیجار)

(ماده: ۴۸۴) للمالک ان یؤجر ماله و ملکه لغیره مده معلومه قصیره کالیوم أو طویله کالسنین.

هـذا ممـا لا اشـکال فیه لأن الإنسان حر فی ملکه یتصـرف کیف شاء و (الناس مسـلطون علی أموالهم) فلو أراد الرجل المسن ان یؤجر داره مائه سنه کان له ذلک سواء کانت الغبطه فیه أم لا و لکن هذا فیما هو ملکه اما ما هو ملک غیره و له الولایه علیه مثل مـال الوقف و مـال الیتیم و مـال الغائب الـذی لا وکیل له و أمثال ذلک فلا یبعـد القول بان تصـرف الولی فیها منوط بالمصـلحه فربمـا لاـ تکون المصلحه بإجـارته أکثر من سـنه أو سـنتین و الحاصـل ان الأولیـاء لیس حالهم فیما لهم الولایه علیه کحالهم فی أموالهم الخاصه بهم و هو واضح.

(ماده: ۴۸۵) ابتداء مده الإجاره تعتبر من الوقت الذی سمی أی عین و ذکر عند العقد.

عرفت انه لاـ بـدّ من تعیین المـده فی إجـاره المنافع بل و اجاره الأعمال فإن عین ابتـدائها بعـد شـهر أو یوم أو غیر ذلک فی متن العقد تعین و ان أطلق کان الابتداء من بعد العقد بلا فصل کما فی ماده (۴۸۶) إذا

لم يذكر ابتداء المده حين العقد يعتبر من وقت العقد، فهاتان المادتان عباره عن ماده واحده تؤدى بأخصر عباره و أقل ألفاظ من إحديهما.

و (ماده: ۴۸۷) كما يجوز إيجار عقار على ان يكون لسنه فى كل شهر أجرته كذا دراهم كذلک يصح إيجاره لسنه بكذا دراهم بدون بيان شهريته أيضاً

- فهى واضحه لا تحتاج الى بيان.

و (الضابطه) انه كلما كانت الأجره و المنفعه و المده معلومه صحت الإجاره، و يتفرع على لزوم تعيين المده انه لو آجره كل شهر بكذا أو كل سنه بكذا و لم يعين مقدار الأشهر أو السنين لم تصح الإجاره لجهاله المده، و من هذا يظهر فساد ما فى ماده (۴۹۴) لو استأجر عقاراً شهريته بكذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر يصح العقد، بل الأصح أنه يبطل عند أكثر فقهاء الإماميه، ثم ان إطلاق السنه عند المسلمين ينصرف إلى الهلاليه الهجريه الا ان يكون المتعارف فى بلد غير هذا فيحمل الإطلاق عليه كما ان منصرف الشهر هو الهلالى و عليه ماده (۴۸۸) إذا عقدت الإجاره فى أول الشهر على شهر واحد أو أزيد من شهر انعقدت مشاهره، و بهذه الصوره يلزم دفع اجره شهر كامل و إن كان الشهر ناقصاً عن ثلاثين يوماً.

و «الضابطه» ان الشهر عند الإطلاق هو الهلالى فان لم يمكن حمله عليه فهو العددى كما فى ماده (۴۸۹) لو اشترط على ان تكون الإجاره لشهر واحد فقط و كان قد مضى من الشهر جزء يعتبر الشهر ثلاثين.

يعنى فى الإجاره المنجزه لا المضافه التى تدور مدار التعيين عددياً أو

هلاليا كما هو واضح، و عليه أيضا تبنى ماده (٤٩٠) لو اشترط ان تكون الإجاره لكذا شهور و كان قد مضى من الشهر بعضه يتم الشهر الأول الناقص على ان يكون ثلاثين يوماً من الشهر الأخير و توفى فى اجره باقى الأيام بحساب اليوميه و تعتبر الشهور التى بينها بالأهله- مثلا لو قال: فى نصف رجب- أجرتك الدار ثلاثه أشهر احتسب شعبان و رمضان هلاليين ناقصين كانا أو كاملين و أكمل رجب من شوال ما يتم به ثلاثين على أنه شهر عددى و لا حاجه الى حساب اليوميه لأن الغرض ان الأجره على الشهور لا على الأيام، و يمكن ان يقال: انه يكمل الشهر على واقعه فان كان ناقصاً أكمل تسعه و عشرين و ان كان تاما أكمل ثلاثين و له وجه و الأول أوجه.

(ماده: ٤٩١) كما يعتبر الشهر الأول الناقص ثلاثين إذا اشترط

كذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر عند مضى بعض الشهر كذلك تعتبر سائر الشهور التى ستأتى ثلاثين يوماً على هذا الوجه،،، فى هذه الماده من التعقيد و التطويل ما أضاع المقصود، و حاصله انه إذا آجر شهرياً من دون تعيين عدد الأشهر و كان فى أثناء الشهر فالأشهر كلها تحسب عدديه ثلاثين ثلاثين، و لكن هذه الإجاره عندنا فاسده و لا بدّ من تعيين عدد الأشهر، و الحكم بصحتها فى الشهر الأول و فسادها فى الباقى كما سيأتى، و ينسب الى بعض فقهاء المذاهب تحكم صرف لا دليل عليه.

(ماده: ٤٩٢) لو عقدت الإجاره فى أول الشهر لسنه

تعتبر اثنى

عشر شهراً.

عرفت ان الشهر عند المسلمين بإطلاقه يحمل على الأشهر الهلاليه كما ان السنه اثنى عشر هلالى كما يدل عليه كريمه (إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللّهِ اثْنا عَشَرَ شَهْراً) و (يَسْئَلُونَکَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِیَ مَواقِیتُ لِلنّاسِ) نعم لو کان المتعارف فی بلدهم السنه الشمسیه فلا شک ان الإطلاق یحمل علیها لان العرف الخاص یقدم علی العرف العام و علی العرف الشرعی فی هذه الموضوعات، و علی ما ذکرنا تبتنی ماده (۴۹۳) لو عقدت الإجاره لسنه و کان قد مضی من الشهر بعضه یعتبر منها شهر أیاماً و باقی الشهور الإحدی عشر بالهلال، و هو مسلم لا کلام فیه، انما الکلام فی ان الشهر العددی هل یحسب ثلاثین أو یحسب علی ما اتفق من حال الشهر الأول من ثلاثین أو تسعه و عشرین و کما سبق قریباً.

(ماده: ۴۹۴) لو استأجر عقاراً شهریته بکذا دراهم من دون بیان عدد الأشهر یصح العقد

لکن عند ختام الشهر الأول یصح لکل من الآجر و المستأجر فسخ الإجاره فی الیوم الأول و لیلته من الشهر الثانی الذی یلیه.

و قد عرفت ان هذا تحکم صرف لا دلیل علیه فاما یبطل فی الجمیع أو یصح فی الجمیع و لا فرق بین قبض الأجره و عدمه فإنه إذا لم یعین عدد الأشهر أو السنین أو الأیام تقع الإجاره مطلقاً و کلما ذکر فی هذه الماده من الذیول و الفروع و التقاسیم عاریه عن الدلیل سیما قوله: و ان کان قد قبضت اجره شهرین أو أزید فلیس لأحدهما فسخ اجاره الشهر المقبوض أجرته، فإن

قبض الأجره لا يرفع ما وقع العقد عليه من الإجمال و هذا أيضاً من أحكامهم الكيفيه التی يرجعون فيها الی الاستحسان مع عدم مساعده الأدله الشرعيه.

(ماده: ۴۹۵) لو استأجر أحد أجيراً على ان يعمل يوماً يعمل من طلوع الشمس الى العصر

أو الی الغروب علی وفق عرف البلده فی خصوص العمل.

هذا مع الإطلاق اما مع التعيين فهو المتبع.

(ماده: ۴۹۶) لو استؤجر نجار على ان يعمل عشره أيام

تعتبر الأيام التی تلی العقد و ان کان قد استؤجر فی الصيف علی ان يعمل عشره أيام لم تصح الإجاره ما لم يعين العمل اعتباراً من ای شهر و ای يوم.

لا فرق بين الصيف و غيره فی ان الإطلاق يقتضی الانصراف إلی الأيام التی تلی العقد الا ان تکون هناك قرينه خاصه من حال أو مقال تمنع هذا الانصراف أو عرف خاص فی البلد يقتضی خلافه، اما کون الوقت صيفاً أو شتاءً فلا اثر له فی لزوم التعيين و لا فی عدمه فتدبره.

الباب الخامس فی الخیارات

اشاره

(و یشتمل علی ثلاثه فصول) لعلک علمت من مباحث الخیار فی البیع ان الخیار تاره یثبت من دلیل خاص و اخری یقتنص من الأدله العامه کقاعده الضرر و عمومات الشروط و نحوها فما قام الدلیل علی ثبوته فی البیع اقتصر علیه و لم یتعد الی غیره من المعاملات لما عرفت من ان الخیار علی خلاف الأصل و ما استفید من العمومات أطرد فی کل معامله انطبق علیها ذلک الدلیل، و حیث ان مثل خیار المجلس و الحیوان و التأخیر کانت أدلتها وارده فی البیع فهی مقصوره علیه و لا یجری فی إجاره و لا غیرها، و اما بقیه الخیارات المستفاده من الأدله العامه و ان أیدتها الأدله الخاصه فهی تجری فی الإجاره کما تجری فی البیع، و إلیک بیانها و عنوانها.

۱-: خیار الشرط- و منه شرط الخیار عند رد العوض أی الأجره.

۲- خیار العیب.

۳- خیار الغبن.

۴- خیار الاشتراط.

۵- خیار تبعض الصفقه.

۶-: تعذر التسليم ۷-: التفليس.

۸-: التدليس.

۹-: الشركه.

۱۰- ما يفسد ليومه.

۱۱- خيار الوصف.

۱۲- خيار الورثه فيما زاد على الثلث

الفصل الأول «في بيان خيار الشرط»

[ماده: ۴۹۷] يجرى خيار الشرط فى الإجاره كما جرى فى البيع

و يجوز الإيجار و الاستيجار على ان يكون أحدهما أو كلاهما مخيراً كذا أيام.

خيار الشرط فى الإجاره كخيار الشرط فى البيع يصح ان يجعلاه لأحدهما أو لكليهما أو لأجنبى على نحو المؤامره أو المشاوره أو الاستقلال متصلا بالعقد أو منفصلا عنه فى يوم أو أيام أو أكثر حسب ما يتفقان عليه من توزيع الأجره لو حصل الفسخ فى الأثناء أو ردها تماماً، اما مع عدم التعيين فالتوزيع- كل ذلك لعموم أدله الشروط.

(ماده: ۴۹۸) كما ان الفسخ و الإجاره على ما بين فى ماده (۳۰۲ و ۳۰۳ و ۳۰۴) يكونان قولا كذلك أيضاً يكونان فعلا

- بناء علیه لو کان الآجر مخیراً و تصرف فی المأجور بوجه من لوازم التملک فهو فسخ فعلی و تصرف المستأجر المخیر فی المأجور کتصرف المستأجرین إجازه فعلیه.

إذا کان للمؤجر خیار فآجر العین ثانیاً من مستأجر آخر فان کان فی غیر زمن خیاره فهو فضولی عن المستأجر و ان کان فی زمن خیاره فهو فسخ للإجاره الاولی، و ان کان الخیار للمستأجر و تصرف فی العین المستأجره أیام الخیار علی نحو تصرف المستأجرین فهو اجازه منه لان التصرف أماره نوعیه علی الرضا و الالتزام، و هذا واضح وضوح ماده (۵۰۰) لو انقضت مده الخیار قبل فسخ المخیر أو إنفاذه الإجاره یسقط الخیار و تلزم الإجاره و ماده (۵۰۱) مده الخیار تعتبر من وقت العقد، یعنی مع الإطلاق، و لکن ماده (۵۰۲) ابتداء مده الإجاره یعتبر من وقت سقوط الخیار- مبنی علی ما سبق فی البیع من ان المبیع مع خیار البائع لا یملکه المشتری إلا بعد انقضاء زمن الخیار، و عرفت انه ممنوع عند جمهور فقهاء الإمامیه و شذ من نسب إلیه الرأی المتقدم الذی عرفت فیما سبق ضعفه من حیث القواعد.

[ماده: ۵۰۳] لو استؤجرت ارض علی ان تکون کذا ذراعاً أو دوناماً فخرجت زائده أو ناقصه تصح الإجاره

و یلزم الأجر المسمی لکن المستأجر مخیر حال نقصانها، له ان یفسخ الإجاره ان

هـذه القضـيه فرع يبتنى على أصـل كثير الفروع، و كلى متوفر المصـاديق و هو باب الكميات المتصـله و المنفصـله و قـد مر نظير ذلك فى البيع أيضاً مثل ما لو باع قطعه قماش أو منقله حديد أو آجر داراً على انها خمس غرف أو سـياره بناء على انها رقم كذا فتبين الخلاف فى الجميع زياده أو نقصاً فان العـدد المخصوص ان كان على سبيل القيـديه و التعيين و (المقيـد عـدم عنـد عـدم قيـده) فالإجاره ان كانت شخصـيه تقع باطله و ان كانت كليه صـحت و طالب بالمصـداق فى صوره النقص ورد الزائد فى صوره الزياده و ان كان على سبيل الشـرطيه و تعدد المطلوب صـحت مع المخالفه ان كانت شخصيه و كان له خيار تخلف الشرط و ان كانت كليه طالب بالمصداق أورد الزائد.

هـذا كله قبل الاستيفاء اما بعـده فعليه اجره مثل ما اسـتوفاه و يطالب بالمصداق أو يرد أو يفسخ على اختلاف الصور، و يظهر من (المجله) ان له الخيـار فى صوره النقص و له الزائـد فى صوره الزياده و هو غريب و لا نـدرى بأى وجه يتملكها مع ان العقـد وقع على الأقل منها، و قد تقدم فى ماده (۲۲۶) الى (۲۲۸) ما لعله ينفع هنا أيضاً فراجع.

ثم ان حال الزمان فى الزياده و النقصان حال المقادير و الأوزان فى الأجناس و الأعيان فلو اكترى منه دابه على ان يوصـله بها الى [بغـداد] فى أول رجب أو أعطاه ثوباً ليخيطه و يـدفعه له ليله العيـد فتأخر عن ذلك فان كان على نحو القيـديه لم يسـتحق الأجير شيئاً أصلا لأنه لم يأت بالمأجور عليه و لا بشى ء منه لانه بسيط لا تركيب فيه

و ان كان على نحو الشرطيه كان له الفسخ فان فسخ استحق الأجير بدل المثل و ان امضى فالمسمى، و بهذا يظهر الخلل فى ماده (۵۰۵) يجوز عقد الإجاره على عمل عينت أجرته و شرط ايفاؤه فى الوقت الفلانى يكون الشرط معتبراً مثلا- لو اعطى أحد إلى الخياط ثيابا على ان يفصلها و يخيطها هذا اليوم أو لو استكرى أحد ذلولا بشرط ان يوصله فى عشره أيام إلى مكه تجوز الإجاره و الآجر ان اوفى الشرط استحق الأجر المسمى و الا استحق أجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الأجر المسمى.

(ماده: ۵۰۴) لو استؤجرت ارض على ان كل دونم منها

بكذا دراهم يلزم إعطاء الأجره بحساب الدونم إذا كانت الدونمات معلومه العدد،،، هذا إذا كانت الدونمات معلومه العدد و الا فهى باطله كما عرفت مكررا، و لو قلنا بالصحه فهو واضح لا يحتاج الى بيان.

(ماده: ۵۰۶) يصح ترديد الأجره على صورتين أو ثلاث فى العمل و العامل و الحمل و المسافه و الزمان و المكان

و يلزم إعطاء الأجره على موجب الصوره التى تظهر فعلًا، مثلًا- لو قيل للخياط ان خطت دقيقاً فلك كذا و ان خطت خشناً فلك كذا، فأى الصورتين عمل له أجرتها أو لو استؤجر حانوت بشرط ان اجرى فيه عمل العطاره فأجرته بكذا و ان اجرى فيه عمل الحداده فبكذا فبأى العمل اجرى فيه يعطى أجرته التى شرطت، و كذا لو استكريت دابه بشرط ان حملت حنطه فأجرتها بكذا و ان حملت حديداً فبكذا، فأيهما حمل يعطى أجرته التى عينت، أو لو قيل للمكارى استكريت منك

هذه الدابه إلی (چورتی) بکذا و الی (ادرنه) بکذا و الی (فلبه) فإلی أیهما ذهب المستأجر یلزمه اجره ذلک، و کذا لو قال الآخر أجرت هذه الحجره بکذا و هذه بکذا فبعد قبول المستأجر یلزمه أجره الحجره التی سکنها، و کذلک لو ساوم أحد الخیاط علی ان یخیط له (جبه) بشرط ان خاطها الیوم فله کذا و ان خاطها بکره فله کذا تعتبر الشروط.

ذکر فقهاؤنا فی أکثر مؤلفاتهم نظیر هذه الفروض بما صورته: إذا قال: ان خطت هذا الثوب فارسیاً ای (بدرز) فلک درهم و ان خطته رومیاً ای (بدرزین) فلک درهمان فان قصد الإجاره بطل للجهاله و ان قصد الجعاله صح، و کذا لو قال: إذا صبغت ثوبی الیوم فلک درهم و ان صبغته غداً فنصف و القول بصحتهما إجاره أو التفصیل ضعیف و لو عمل فی صوره البطلان استحق أجره المثل.

ثم ذکروا فرضاً آخر و هو- ما لو استأجر من رجل دابته علی ان یوصله الی المحل المعین فی زمن معین، أو یرسل کتابه الی زید کذلک فلم یوصله فانکان لعدم سعه الوقت و عدم إمکان الوصول فالإجاره باطله لعدم القدره، و ان کان الزمان واسعاً فان کان عدم الإیصال عن تقصیر منه فلا یخلو اما ان یکون أخذ الإیصال الخاص علی نحو القیدیه بمعنی وحده المطلوب أو علی نحو الشرطیه- أی التعدد- فعلی الأول البطلان و لا یستحق شیئاً، و علی الثانی الصحه و الخیار، و مع الفسخ فاجره المثل، و مثله لو استأجره لصوم الخمیس فصام السبت و ان لم یکن

عن تقصیر بل لحدوث مانع فان کان عاماً کثلج أو مطر شدید أو محاربه فی الطریق فهی باطله، و مثله ما لو کان المانع خاصاً کمرض أو ظالم أو عدو و نحو ذلک و کانت الإجاره شخصیه مقیده بالمباشره، اما لو لم تکن شخصیه فهی صحیحه و یوجه غیره للعمل و الاستیفاء و تلزمه الأجره علی کل حال.

و «بالجمله» فالمانع العام حکمه حکم التلف السماوی و کذا الخاص مع قید المباشره.

و بهذا تستطیع استخراج الفروع الکثیره التی هی من هذا القبیل.

(الفصل الثانی) خیار الرؤیه

[ماده: ۵۰۷] للمستأجر خیار الرؤیه.

(ماده: ۵۰۸) رؤیه المأجور کرؤیه المنافع.

(ماده: ۵۰۹) لو استأجر أحد عقاراً من دون ان یراه یکون مخیراً عند رؤیته.

حال خیار الرؤیه فی الإجاره کحاله فی البیع فلو آجره داراً غایبه بالوصف ثم انکشف الخلاف کان له الخیار. اما لو رآها و استأجرها بتلک الرؤیه فلا خیار بعد الاختبار إلا إذا تغیرت بعد الرؤیه و قبل

العقد عليها، و لكن حيث ان المنافع كما عرفت غير مجتمعه الاجزاء فى الوجود فلا يمكن رؤيتها لذلك صارت رؤيه العين تقوم مقام رؤيه المنفعه فيسقط الخيار برؤيه العين و ان لم ير المنفعه كما فى الماده (۵۰۸) و ماده (۵۱۰) من استأجر داراً كان قد رآها من قبل ليس له خيار الرؤيه إلا لو تغيرت رؤيتها الاولى بانهدام محل يكون مضـراً للسكنى فحينئذ يكون مخيراً، بل و حتى لو لم يكن مضراً، و كما يكون للمستأجر خيار الرؤيه كذلك يكون للأجير فى محل عمله حيث يكون مما تختلف مصاديقه أو أصنافه كما فى ماده (۵۱۱) كل عمل يختلف ذاتاً باختلاف المحل فللأجير فيه خيار الرؤيه، مثلًا- لو ساوم أحـد الخياط على ان يخيط له (جبه) فالخياط بالخيار عنـد رؤيه (الجوخ) أو (الشال) الذى يخيطه، بخلاف ما لم يكن فيه اختلاف كنقل الطعام من مكان معين الى معين أو كما ذكر فى ماده (۵۱۲) كل عمل لا يختلف باختلاف المحل الى الآخر.

(الفصل الثالث) فى خيار العيب

[ماده: ۵۱۳] فى الإجاره أيضاً خيار العيب كما يلحظ البيع

و لكن العيب فى الإجاره لا يكون فى ذات المنفعه لأنها ليست من

الأمور المستقله فى الوجود و انما يكون فيما تتقوم به المنفعه و هو العين فكل عيب فى العين يوجب نقصاً فى المنفعه المقصوده بالإجاره فهو سبب لثبوت الخيار فيها كما ذكر فى ماده «۵۱۴» العيب الموجب للخيار فى الإجاره هو ما يكون سبباً لفوات المنافع المقصوده بـالكليه أو إخلالهـا كفوات المنفعه المقصوده من الـدار بـالكليه بانهـدامها و من الرحى بانقطـاع ملئهـا، أو كاخلالـها بسقوط سطح الـدار أو بانهـدام محل مضـر للسكنى أو بانجراح ظهر الـدابه فهؤلاء من العيوب الموجبه للخيار فى الإجاره و اما النواقص التى لاـ تخـل بالمنـافع كانهـدام بعض محال الحجرات بحيث لم يـدخل الـدار برد و لا مطر، و كانقطاع عرف الـدابه أو ذيلها فليست موجبه للخيار فى الإجاره.

(ماده: ۵۱۵) لو حدث فى المأجور عيب فإنه كالموجود فى وقت العقد.

يفترق العيب فى الإجاره عنه فى البيع بأنه متى ظهر أوجب الخيار فى الإجاره حتى بعـد القبض و استيفاء بعض المنافع بخلافه فى البيع فإنه لا اثر له بعـد القبض و انقضاء الخيار فالموجود قبل العقـد و الحادث بعـده و الحادث بعـد القبض و بعـد الاستيفاء كلها توجب الخيـار بين فسخها فى البـاقى و إمضائها و إعطاء تمام الأجره كما فى ماده (۵۱۶) لو حدث فى المأجور عيب فالمستأجر بالخيار ان شاء استوفى المنفعه مع العيب و اعطى تمام الأجره و ان شاء فسخ الإجاره.

يعنى انه ليس له المطالبه بالأرش كما فى البيع مطلقا أو فى بعض

الصور، و لكن التحقيق انه لا مانع منه هنا بناء على ان المطالبه بالأرش و عدم الفسخ على مقتضى قاعده أصاله اللزوم بالعقود و انه يجب الوفاء بالعقد حسب الإمكان و الأرش غرامه للوصف أو الجزء الفائت و كذا لو زال العيب من نفسه أو ازاله المؤجر قبل فوات شى ء معتد به من المنفعه سقط الخيار كما فى ماده (۵۱۷) إن أزال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الإجاره لا يبقى للمستأجر حق الفسخ.

(ماده: ۵۱۸) ان أراد المستأجر فسخ الإجاره قبل رفع العيب الحادث الذى أخل بالمنافع فله فسخها فى حضور الأجر و الا فليس له فسخها فى غيابه و ان فسخها فى غيابه من دون ان يخبره لم يعتبر فسخه و كراء المأجور يستمر كما كان، و اما لو فاتت المنافع المقصوده بالكليه فله فسخها فى غياب الآجر أيضاً و لا تلزمه الأجره ان فسخ أو لم يفسخ كما بين فى ماده (۴۶۸) مثلا- لو انهدم محل يخل من الدار المأجوره فللمستأجر فسخ الإجاره لكن يلزم عليه ان يفسخها فى حضور الآجر و الا فلو خرج من الدار من دون ان يخبره يلزمه إعطاء الأجره كأنه ما خرج و اما لو انهدمت الدار بالكليه فمن دون احتياج الى حضور الأجر للمستأجر فسخها و على هذا الحال لا تلزم الأجره.

هذا أيضاً من الحكم الجزافى، و القول بلا دليل، فإنه متى حصل سبب الفسخ كان له ان يفسخ فى حضور الآجر أو غيابه، نعم يجب عليه لو فسخ وجوباً تكليفياً اعلام المؤجر دفعاً لما يحتمل من دخول

الضـرر عليه لو لم يعلمه بالفسـخ فيبقى ملكه عاطلا و تفوته اجره تلك المـده و لكن ليس معناه ان فسـخه يكون باطلا و لا اثر له مع الغياب فى الأول دون الثانى.

و «بالجمله» فوجوب الاخبار لا علاقه له باعمال الخيار، و لا يتوقف أحدهما على الآخر فليتدبر.

نعم لو تعطلت الدار بالكليه انفسخت انفساخاً قهرياً لعدم الموضوع كما عرفت.

(ماده: ۵۱۹) لو انهدم حائط الدار أو إحدى حجرها و لم يفسخ المستأجر الإجاره و سكن فى باقيها لم يسقط شى ء من الأجره.

فإن الانهدام و ان أوجب الخيار و لكن سكوته و سكناه فيها دليل على رضاه بالعقد و إمضائه.

[ماده: ۵۲۰] لو استأجر أحد دارين بكذا دراهم و انهدمت إحداهما فله ان يترك الاثنتين معاً.

يعنى يكون له الخيـار ان شـاء ترك الاـثنتين و استرد الأـجره و ان شاء أمضـى فى واحـده و استرد ما يخص الثانيه المنهـدمه لأن الإجاره فيها باطله ذاتاً فلا معنى لإجازه العقد بل اما الفسخ فيهما أو الإجازه فى الصحيحه، فليتدبر.

و من هذا يظهر الخلل فى-:

(ماده: ۵۲۱) المستأجر بالخيار فى دار استأجرها على ان تكون كذا حجره و ظهرت ناقصه

إن شاء فسخ الإجاره و ان شاء قبلها بالمسمى و لكن

ليس له إيفاء الإجاره و تنقيص مقدار من الأجره.

فإن القواعد تقتضى ان يكون له الخيار، و الخيار فى منطقته هنا اما الفسخ فى كل الدار أو الإجازه بنسبه الحجر الموجوده و تنقيص مقدار ما يخص الناقصه لأن الأجره تتوزع على الحجر حسب الشرط فتنحل الى عقود متعدده كما فى نظائرها.

نعم لو كان اللحاظ فى الإجاره المذكوره على نحو البساطه كان لما ذكرته (المجله) وجه و لكنه خلاف ما عليه التحقيق فى نظائره.

(الباب السادس فی بیان أنواع المأجور و احکامه

اشاره

و یشتمل علی أربعه فصول

الفصل الأول فی بیان مسائل تتعلق بإجاره العقار

(ماده: ۵۲۲) یجوز استیجار دار أو حانوت بدون بیان انها سکنی لأحد.

نعم هذه هی الإجاره الکلیه التی یملک بها المستأجر المنفعه مطلقه غیر مقیده فله ان یستوفیها بنفسه أو بمن یفوضه علیها بإجاره أو غیرها.

و من الواضح الذی لا- حاجه الی بیانه ماده (۵۲۳) من آجر داره أو حانوته و کانت فیه أمتعه و اشیاؤه تصح الإجاره و یکون مجبوراً علی تخلیته فان هذا من ضروریات الإجاره و لوازم التسلیم فلا حاجه الی بیانه.

اما- (ماده: ۵۲۴) من استأجر أرضاً و لم یعین ما یزرعه فیها و لم یعمم

علی ان یزرع ما شاء فإجارته فاسده و لکن أو عین قبل الفسخ و رضی الآجر تنقلب إلی الصحه.

و هذا صحیح لما عرفت من لزوم التعیین و عدم الإجمال فی الإجاره لکنها إذا فسدت للإجمال لم ینفع فی صحتها التعیین أخیراً و لا یعقل ان

ینقلب الشی ء عما وقع علیه و یصیر ما وقع فاسداً صحیحاً الا بعقد جدید فتدبره جیداً.

(ماده: ۵۲۵) من استأجر أرضاً علی ان یزرعها ما شاء فله ان یزرع مکرراً صیفاً و شتاء.

هذا أیضاً من فروع الإجاره الکلیه کما عرفت.

(ماده: ۵۲۶) لو انقضت مده الإجاره قبل إدراک الزرع فللمستأجر ان یبقی الزرع فی الأرض إلی إدراکه و یعطی اجره المثل.

هذا إذا کان فی قلع الزرع ضرر علی صاحبه اما مع عدم الضرر فلصاحب الأرض ان یجبر صاحب الزرع علی قلعه بل و حتی فی صوره الضرر علی المستأجر لیس له ان یجبر صاحب الأرض علی اجره المثل بل اللازم إرضاؤه و لو بأزید من اجره المثل بالاستیجار ثانیاً.

(ماده: ۵۲۷) یصح استیجار الدار و الحانوت مع عدم بیان کونه لأی شی ء، و اما کیفیه استعماله فیرجع الی العرف و العاده.

هذا أیضاً من فروع الإجاره الکلیه یستوفی المنفعه کیف شاء و حسب المتعارف فی کل صنعه و مهنه علی موازینها و علیه یبتنی ماده (۵۲۸) کما انه یصح لمن استأجر داراً مع عدم بیان کونها لأی شی ء ان یسکنها بنفسه کذلک یصح له ان یسکنها غیره أیضاً و له ان یضع فیها أشیاءه و له ان یعمل فیها کل عمل لا- یورث الوهن و الضرر للبناء و لکن لیس له ان یفعل ما یورث الضرر و الوهن للبناء إلا بإذن صاحبها و اما فی خصوص ربط الدواب فعرف البلده و عادتها معتبر

و مرعی و حکم الحانوت علی هذا الوجه.

(ماده: ۵۲۹) اعمال الأشیاء التی تخل بالمنفعه المقصوده عائده إلی الآجر

مثلا- تطهیر الرحی علی صاحبها و کذلک تعمیر الدار و طرق البناء و إصلاح منافذه و إنشاء الأشیاء التی تخل بالسکنی و سائر الأمور التی تتعلق بالبناء کلها لازمه.

الملحوظ بهذه الماده و ما بعدها الی آخر هذا الفصل هو بیان حکم الأحداث التی یحدثها المستأجر فی العین المأجوره أو ما یلزمه من نفقاتها بالذات أو بالعرض، و تحریر هذا البحث الذی هو من مهمات بحوث الإجاره ان النفقات اللازمه علی أنواع الأول-: ما یتوقف بقاء تلک العین علیها کعلف الدابه و سقیها و نفقه العبد و مداواه علله أو جرح الدابه و ما أشبه ذلک، و لا ریب فی ان جمیع ذلک ان لم یشترطها المؤجر علی المستأجر فهی علیه فان دفعها و الا أنفق المستأجر و رجع بها علی المؤجر اذن أو لم یأذن فإن امتنع جبره الحاکم علی غرامتها.

الثانی-: الأحداث القائمه بالعین التی یتوقف الانتفاع بها کلا أو بعضاً علیه کنقر الرحی و تنظیف مجری الماء أو بیت الماء أو تعمیر مثل الدرج أو الباب أو نحو ذلک من مرافقها الضروریه، و لا ینبغی الاشکال انه علی المالک المؤجر أیضاً.

الثالث-: الجهات الکمالیه، و المحسنات الاعتباریه کتبیض غرف الدار و صبغ أبوابها و ما الی ذلک، و لا ینبغی الریب أیضاً فی انها علی

المستـأجر الا ان يشترطها على المؤجر، و ان انتهت المده فإن أمكن قلعها من دون ضـرر أخذها و الا كان له أخذها بعد تدارك الضرر سواء وضعها بإذن المؤجر أو بدونه، و يلحق بهذا ما يحدثه المستأجر فى المأجور من غرس أو بناء أو شبه ذلك.

الرابع-: الآلات الخارجه عن العين اللازمه عرفاً و عاده لاستيفاء المنفعه منها كالسرج و الرحل و اللجام و أمثالها للدابه، و المفتاح و القفل للـدار و الحانوت و كثير من نظائرها، فالمتبع فى ذلك عرف البلـد و عاده قوم المتعاملين، فان اختلفوا أو لم يكن هناك عرف و لا عاده فهى على المسـتأجر إلا مع الشـرط، و من هـذا القبيل آلات الحياكه و الخياطه و الكتابه و ما على هـذا المثال من الصنائع و الاعمال حتى فى مثل الخيوط و الأصباغ و البنود و نحوها، ثم ان فى كل مورد وجب على المؤجر الصرف و الإنفاق و لم يفعل و لم يقتـدر الحاكم على إلزامه أو لم يكن حاكم فللمؤجر ان يفسخ عقد الإجاره و يسترد الأجره إلا إذا كان قد رآها و اسـتأجرها بذلك الحال و لم يطلب بادئ بدء إصلاحها فلو أصلحها المستأجر حين لا حق له على المؤجر كان تبرعاً منه و لا حق له بالرجوع عليه بها.

هـذا كل ما ينبغى ان يقال فى هـذه الناحيه من الإجاره و منه تعلم ما يوافق (المجله) منها و ما يخالفها ففى ماده (٥٣١) لو أحدث المسـتأجر بنـاء فى العقـار المـأجور أو غرس شـجره فالآـجر مخير عنـد انقضـاء مـده الإجاره ان شاء قلع البناء و الشـجره و ان شاء أبقاهما و اعطى قيمتها قليله

كانت أو كثيره،،، بل المستأجر لا الآجر مخير ان يقلع أو يبقيهما للآجر فتكون ملكا له مع أرضه و هو واضح.

الفصل الثانى فى إجاره العروض

(ماده: ۵۳۴) يجوز إجاره الألبسه و الأسلحه و الخيام و أمثالها من المنقولات لمده معلومه مقابل بدل معلوم.

اجاره كليه أو شخصيه، مقيده أو مطلقه، مضافه أو منجزه:

(ماده: ۵۳۵) لو استأجر ثياباً على ان يذهب بها الى محل ثم لم يذهب و لبسها فى بيته أو لم يلبسها يلزمه أجرتها

لا يختص هذا بالمنقولات بل كل مأجور إذا سلمه المؤجر للمستأجر لزمنه الأجره سواء استوفى منفعته أو عطلها فلو استلم الدار أو الدابه و لم يركب و لم يسكن. أو الإنسان المستأجر و لم يستعمله لزمته الأجره فى الجميع، كما ان ماده (۵۳۶) من استأجر ثياباً على ان يلبسها بنفسه فليس له ان يلبسها غيره، لا تختص بالثياب بل يطرد ذلك فى كل إجاره شخصيه مقيده بالمباشره، إنما الإشكال المعضل فى المقام ما لو استوفى المنفعه غير المستأجر الخاص فهل يستحق المؤجر أجره المثل مع اجره المسمى بناء على إمكان منفعتين متضادتين فى وقت واحد كما مال

اليه أو قال به السيد الأستاذ فى عروته فى نظائر المقام أو عدم الإمكان فتبطل الإجاره و يستحق بدل المثل على من استوفى المنفعه لفوات المحل كما هو الأقوى عندنا لاستحاله ان يكون للشى ء الواحد منفعتان متضادتان فى وقت واحد، فلو استأجر دابه لا داره الرحى يوم الجمعه فركبها الى (بغداد) لا يعقل ان يكون لتلك الدابه تلك النفعتان و يستوفى المالك أجرتين المسمى و اجره المثل بل المعقول بطلان اجره اداره الرحى المسماه و يستحق اجره المثل، اما استحقاقهما معاً فبأى وجه يكون.؟

و يلحق بهذا فروع كثيره من هذا القبيل مثل ما لو استأجر دابه لركوبه بنفسه فآجرها من غيره فعلى الأول يستحق المالك الأجرتين- الاولى و هى المسماه و الثانيه أجره المثل من المستأجر الثانى. و على ما اخترناه تبطل الاولى للتفويت و يستوفى من الثانى أجره المثل أو أكثر الأمرين منها و من المسماه و نظائر هذا كثيره.

و عكس هذا النوع اعنى ما تسقط فيه كلا الأجرتين ما لو استأجر؟

على خياطه ثوبه فى ساعه معينه أو يوم معين فاشتغل ذلك اليوم بعينه ببناء دار المستأجر أو نحوها مع علمه فإنه لا يستحق أجره الخياطه لعدم الإتيان بها و لا اجره البناء لانه متبرع لم يؤجر عليها فتدبر هذه الفرائد و اغتنمها.

الفصل الثالث «فی إجاره الدواب»

اشاره

عرفت ان التعیین فی الإجاره شرط رکنی فإذا آجرک الدابه فلا بد من تعیین الدابه و المحل و الزمان و الأجره، و من هذا یظهر التسامح فی ماده (۵۳۸) کما یصح استکراء دابه معینه یصح الاشتراط علی المکاری الا یصال الی محل معین،،، فان استکراء الدابه المعینه لا بد معه من تعیین المحل و بدونه فالإجاره باطله.

(ماده: ۵۳۹) لو استؤجرت دابه معینه إلی محل معین و تعیب فی الطریق فالمستأجر یکون مخیراً

اما بانتظارها حتی تستریح أو نقض الإجاره و دفع اجره ما مضی من المسافه من المسمی بالنسبه و لا یجری فیه.

(ماده: ۵۴۰) لو اشترط حمل معین الی محل معین و تعبت الدابه فی الطریق فالمکاری مجبور علی تحمیله علی دابه أخری و إیصاله الی ذلک المحل

لأن الدابه هنا غیر شخصیه فله ان یحمله علی ای دابه شاء بل له ان یحمله علی ای مرکوب آخر من (عربه) أو (سیاره) أو غیرهما

(ماده: ۵۴۱) لا یجوز استیجار دابه من دون تعیین

و لکن ان عینت بعد العقد و قبل المستأجر یجوز و أیضاً لو استؤجرت دابه من

نوع علی ما هو المعتاد بلا تعیین یجوز و یصرف علی المتعارف المطلق مثلا- لو استؤجرت دابه من المکاری إلی محل معلوم علی ما هو المعتاد بلا تعیین یلزم المکاری إیصال المستأجر علی دابه الی ذلک المحل علی الوجه المعتاد.

قد تکرر منا بیان ان الإجاره بدون التعیین باطله، و التراضی بعد العقد علی دابه معینه لا یجعلها مرتبطه بالعقد بل هو تراض مستقل لنفسه و یکون کإباحه و مطالعات، نعم لو کان هناک انصراف أو عرف أو عاده قام مقام التعیین و صح العقد کما ذکر فی ذیل هذه الماده

[ماده: ۵۴۲] لا یکفی فی الإجاره تعیین اسم الخطه و المسافه

الا ان یکون اسم الخطه علماً متعارفاً لبلده مثلا- لو استؤجرت دابه إلی العراق لا یصح ان یلزم تعیین البلده و لکن لفظ الشام و ان کان اسم قطعه تعورف إطلاقه علی بلده دمشق إلخ ..

تعیین اسم المسافه یکفی علی نحو الکلیه فیجعلها فی أی جهه شاء و علی نحو الشخصیه فیعینها فی جهه مخصوصه فلو استؤجرت الدابه لیسیر علیها مائه فرسخ فله ان یسیر بها من الشام الی العراق و الی ای بلده یرید من العراق.

(ماده: ۵۴۳) لو استؤجرت دابه إلی مکان و کان یطلق علی بلدتین فأیهما قصدت یلزم اجره المثل.

إذا قصد إحدیهما و عینه صح و تعین المسمی و الا فسدت الإجاره و تعیین بدل المثل لو استوفی المنفعه.

(ماده: ٥۴۴) لو استكريت دابه الى بلده يلزم إيصال مستأجرها إلى داره.

هـذا غير لازم أصـلا بل اللازم اتباع عرف البلـد و تواضـعهم فان اختلف فلا بد من التعيين فى متن العقد فان لم يعين فلا حق فى الإيصال إلى الدار بل الى طرف البلد و يدخلها.

(ماده: ٥۴٥) من استكرى دابه إلى محل معين فليس للمستأجر ان يذهب بتلك الدابه إلى محل آخر فان تلفت الدابه يضمن.

الضـمان هنا بقاعـده اليـد بعد خروجه عن الأمانه فإن تلفت ضـمن العين و المنافع من حين التجاوز الى حين التلف خلافاً للحنفيه القائلين بأن (الأجر و الضمان لا يجتمعان) بل عندنا يضمن المنافع مطلقاً تلفت العين أم لا.

و هـذه المـاده تغنى عن جمله من المواد التى بعـدها مثل- ماده (٥۴٧) لو اسـتؤجر حيوان الى محـل معين و كانت طرقه متعـدده فللمسـتأجر أن يـذهب بأى طريق شاء من الطرق التى يسـلكها الناس و لو ذهب من غير الطريق الـذى عينه صاحب الدابه و تلفت فان كان أصـعب من الطريق الذى عينه ضـمن و ان كان مساوياً أو أسهل فلا،،، بل الصحيح انه يضمن بالتجاوز مطلقاً و لا مستند لما ذكروه سوى الاستحسان و الاعتبار الذى يذهب جفاء امام القاعده و الدليل.

و مثل ماده (٥۴٨) ليس للمستأجر استعمال دابه أزيد من المده التى استأجرها

و ان استعملها و تلفت فى يده يضمن،،، فإنها تكرار محض لما

سبق، و هكذا ماده (۵۴۹ و ۵۵۰ و ۵۵۱ و ۵۵۲) فـان الجميع فضول و تكرار بلا فائـده يلزم درجها جميعاً فى ماده أو مادتين عند التحرير.

[ماده: ۵۵۳] لو استكرى دابه للركوب من دون تعيين من يركبها

و لاـ التعميم على ان يركبهـا من شـاء تفسـد الإجـاره و لكن لو عين و بين قبـل الفسـخ تنقلب إلى الصـحه و لا يركب على تلك الدابه غير من تعين.

هـذه الماده متهافته متـدافعه من جميع نواحيها فإن الإجاره إذا كانت فاسـده فما معنى الفسـخ، ثم كيف ينقلب الفاسد صـحيحاً و الشى ء لا ينقلب عما وقع عليه.

و «التحقيق» ان الإجاره المزبوره اى الخاليه من التعيين و التعميم صـحيحه و هى على حد سائر الإجارات الكليه فإنه يستأجر الدار و الـدابه شـهراً معينـاً ليسـتوفى تمام منافعها اى يملك كل منفعه يمكن استيفاؤها من تلك الـدار أو الـدابه بأى نحو اما بنفسه أو بايجارها لغيره أو غير ذلك، كل هذا جائز و صحيح، و هذا هو مفاد كل إجاره مطلقه فإذا أرادا غير ذلك وجب التعيين و إذا لم يعينـا فليس معنـاه انهـا فاسـده بـل تكون مطلقه عـامه ان لم يكن عرف خاص ينصـرف إليه الإطلاق كما فى ماده (۵۵۴) و ماده (۵۵۵) و كله واضح.

(ماده: ۵۵۶) ليس للمستأجر ضرب دابه الكراء من دون اذن صاحبها و لو ضربها و تلفت يضمن.

بل له ان يضربها على المتعارف و ان لم يأذن صاحبها.

(ماده: ۵۵۷) لو اذن صاحب دابه الكراء بضربها فليس للمستأجر إلا الضرب على الموضع المعتاد

مثلا- لو كان المعتاد ضربها على عرفها فضربها على رأسها و تلفت يلزم الضمان.

إذا استند التلف الى الضرب المزبور و لم يكن مأذوناً به بخصوصه اما لو استند الى سبب آخر لو لم يعلم السبب أو كان مأذوناً به فلا ضمان.

(ماده: ۵۵۸) يصح الركوب على دابه استكريت للحمل.

لعل وجه ذلك عندهم ان الركوب أخف من الحمل و هو استحسان ممنوع صغرى و كبرى، و الأصح انه مع التقييد بالحمل فقط لا يجوز له الركوب و لو ركب فتلفت ضمن و اجاره الحمل بطلت و عليه اجره المثل للركوب.

و من هذا القبيل من الاستحسان الغير حسن ماده (۵۵۹) لو استكريت دابه عين نوع حملها و مقداره يصح تحميلها حملًا مماثلا له أو أهون منه فى المضره و لكن لا يصح تحميل شى ء أزيد فى المضره مثلا من استكرى دابه على ان يحملها خمسه اكيال حنطه كما يصح له ان يحملها من ماله أو مال غيره اى نوع كان خمسه اكيال حنطه كذلك يجوز ان يحملها خمسه اكيال شعير- و لكن لا يجوز العكس- يعنى لأن الحنطه أصلب من الشعير، و يتضح بالمثال الثانى من [المجله] كما لا يصح ان تحمل مائه وقيه حديد دابه استكريت على ان تحمل مائه أوقيه قطن.

فان ثقل كل واحد منهما و ان كان واحداً و لكن ثقل الحديد

يجتمع على رقعه صغيره من ظهرها فيهده و يبهضه بخلاف القطن فإنه ينتشر على ظهرها فيهون و لا يؤذيها فإنك قد عرفت عدم جواز التجاوز عن نص موضوع العقد فان هذه الطريقه تجعل العقد واهيا و توجب الفوضى فى العقود التى ما شرعت الا للضبط و الإتقان بما لا يبقى معه مجال للتلاعب و التحوير حسب تبدل الأهواء و الأغراض هذا مضافاً الى ما أنبأناك عنه غير مره من ان القصود تختلف أشد الاختلاف فقد يكون قصد صاحب الدابه أى المؤجر تحميلها الأثقل كالحديد ليروضها و لا يرضى بوزنه من القطن لانه خلاف غرضه.

و مثل هذه المأجوريات عند الناس لا تحرز بالقياس و لا تدرك بالاستحسان، فالجمود على نص العقود هو المتعين و الا بطلت الفائده وضاع الغرض المهم فتدبر هذا و اغتنمه.

(ماده: ۵۶۰) وضع الحمل على الدابه على المكارى.

لأن المتعارف فى بلادنا ذلك و قد يتعارف فى بلاد خلافه فيكون هو المتبع.

(ماده: ۵۶۱) نفقه المأجور على الآجر.

و قد تقدم قريباً توضيح هذا الموضوع و حكمه و ان الموجر إذا لم يدفع نفقه الدابه و لا اذن بها للمستأجر أى لو استأذنه فلم يأذن يجبره حاكم الشرع فان لم يمكن و لم يحصل الغرض ينفق المستأجر و يرجع بها على المؤجر و له حبس العين بعد المده حتى يأخذ حقّه.

نعم لو أنفق متبرعاً فلا معنى للرجوع حينئذ، و من هذا يظهر الخلل فى

بقيه هذه الماده (و لكن لو اعطى المستأجر علف الدابه بدون اذن صاحبها تبرعاً ليس له أخذ ثمنه من صاحبها بعد)

الفصل الرابع فى إجاره الآدمى

(ماده: ۵۶۲) يجوز إجاره الآدمى للخدمه أو لإجراء صنعه ببيان مده أو بتعيين العمل بصوره أخرى.

هـذا البيـان غير كـاف و لاـ شـاف، و تحرير هـذا البحث ان إجـاره الإنسـان حراً أو عبـداً اما ان تقع على الخـدمه، و بعباره اجلى يسـتأجره على ان تكون كل منافعه له فيسـتعمله فى كل ما يريـد من حوائجه و لا محيص فى مثل هـذه الإجاره من تعيينها بالمده سنه معينه أو شهراً معيناً منجزه أو مضافه.

و امّا ان تقع على عمل معين مخصوص من كتابه أو خياطه أو حياكه فلا بـد هنا من تحديـد العمل و محل العمل اى ما يعمل فيه من خياطه ثوب أو (جبه) أو غير ذلك، اما الزمان فان عينه تعين و ان أطلق انصرف الى المتعارف و ان لم يكن فاللازم ان يعمله بعد العقد بلا فصل و يكون له الاشـتغال بمقدار ما يقدر له أهل الصـنعه مثلا صياغه القلاده فى أسبوع و صياغه الخاتم فى يوم و هكذا فان لم ينضبط بذلك بطل كونه اجاره و صح جعاله بالمسمى فان لم يكن جعاله استحق لو عمل اجره

المثـل كما فى ماده (۵۶۳) لو خـدم أحـد آخر على طلبه من دون مقـاوله أجره فله اجره المثـل، لانـه بعـدم تعيين الأجره لم يقع اجاره و لا جعاله فله اجره المثل سواء كان ممن يخـدم بالأجره أو لا، و لا وجه لتقييده بالأول كما فى (المجله) فان عمل المسـلم محترم و هو غير متبرع حسب الفرض.

نعم لو خـدم بغير طلب لم يكن له حق المطـالبه بالأجره لأنه متبرع سواء كان كبيراً أو صـغيراً خلافاً لبعض من الزم بها فى الثانى دون الأول و هو تحكم، و لو اختلفـا فى الطلب فادعـاه الخـادم و أنكره المخـدوم حلف و لا حق الا إذا أقام الأول البينه كما فى نظائرها، اما لو اعترف بالطلب و قال: قصـدت ان تعمل لى متبرعاً، و قال الآخر: انا ما عملت بقصد التبرع بل يقصد الأجره يحلف لأنه أعرف بقصده الذى عليه المدار لا على قصد الطالب و يأخذ الأجره.

و من هذا القبيل ماده (۵۶۴) لو قال أحد لآخر اعمل هذا العمل أكرمک و لم يبين مقدار ما يكرمه به فعمل العمل المأمور به اسـتحق أجر المثل،

لما عرفت من انه ليس اجاره و لا جعاله.

و «الضـابطه العـامه» ان كـل عمل متقوم لشـخص أو فى مال شـخص عن اذن منه فللعامل اجره المثل إلا إذا كان إجاره أو جعاله فالمسمى و ان كان تبرعاً فلا شى ء.

و منه ماده (۵۶۵) لو استخدم العمله من دون تسميه اجره تعطى أجرتهم ان كانت معلومه و الا فاجر المثل،

لأن الإطلاق مع المعلوميه ينصرف إليها و ان كان لا يخلو من نظر و معامله من يماثلهم على هذا

الوجه أيضا.

(ماده: ۵۶۶) لو عقدت الإجاره على ان يعطى للأجير شيئاً من القميات لا على التعيين يلزم أجر المثل

مثلا- لو قال الأجر لآخر ان خدمتنى كذا أياماً أعطيتك بقرتين لا يلزم البقر للجهاله و يلزم اجره المثل، و لا فرق بين هذا و بين استئجار الظئر- و هى المرضعه- فلو استأجرها على ان يعمل لها ألبسه لا يصح الا إذا وصف الألبسه بما يرفع جهالتها كما يصح فى الفرع المتقدم لو وصف البقرتين و ان لم توصف الألبسه و لم تعرف كانت باطله و لو أرضعت بهذه الصوره كان لها أجر المثل، و قول (المجله) يلزم من الدرجه الوسطى لا وجه له، و من اقيسه امام الحنفيه انه قال: يجوز استيجارها بألبسه مجهوله و عوض مجهول لأن محبه الآباء الزائده لأبنائهم تجعلهم يحنون على الظئر فيعطونها أكثر مما تستحق، لأن الإجاره لا تفسد للجهاله بل للجهاله الموجبه للنزاع و الجهاله هنا لا توجب نزاعاً، ا ه.

و هذا نظير ما يقولون: سبكك مجاز بمجاز و غلط فى غلط، و هو ممنوع صغرى و كبرى، فان الآباء و ان كانوا يحبون أولادهم و لكنهم يجازفون بأموالهم و يتنازعون على ما هو أقل من ذلك و الشارع قد منع من مطلق الجهاله حمايه للحمى حتى لا يصل الأمر إلى الجهاله الموجبه للنزاع فتدبره جيداً.

(ماده: ۵۶۷) العطيه التى تعطى للخدمه من الخارج لا تحسب من الأجره.

هذا واضح لا حاجه الى بيانه لأنها عطيه للخادم لا للمخدوم و ان كانت على حسابه.

(ماده: ۵۶۸) لو استؤجر أستاذ لتعليم علم أو صنعه فإن ذكرت مده انعقدت الإجاره على المده

و الأستاذ يستحق الأجره بكونه حاضراً أو مهيأ للتعليم قرأ التلميذ أو لم يقرأ، و ان لم تذكر مده انعقدت فاسده و على هذه الصوره ان قرأ التلميذ فالأستاذ يستحق الأجره و الا فلا.

يعنى يستحق اجره المثل على تعليمه، و على هذا فاستئجار المعارف طائفه من المعلمين براتب شهرى و ان لم يكن المده معلومه بأجمعها يمكن تصحيحه بأن الإجاره حسب القصد الارتكازى و التعامل الجارى يكون على كل شهر برأسه فتكون المده بهذا معلومه و يكون دفع الراتب عن أشهر العطله كشرط ضمنى.

و «الحاصل» ان الإجاره تقع على كل حصه من الزمن فيكفى معرفه الحصه و يقدح عدم معرفه جميع الحصص من المستقبل.

(ماده: ۵۶۹) من اعطى ولده الأستاذ ليعلمه صنعه من دون ان يشترط بينهما اجره

فبعد تعلم الصبى يعمل بعرف البلده و عادتها و ان لم يكن عرف فاجره المثل.

(ماده: ۵۷۰) لو استأجر أهل قريه معلماً أو إماماً للصلاه أو مؤذناً و أو فى خدمته يأخذ من أجرته من أهل تلك القريه.

هذا مما لا اشكال فيه فيجمعونها من افرادهم على حسب العاده فيما بينهم أو على مقدار سعه كل واحد منهم إنما الإشكال فى صحه مثل هذه

الإجـاره و هی مسـأله معروفه بالإشـكال و من معضـلات الفن عنـد الفقهـاء و هی مسـأله أخـذ الأـجره علی الواجبات و حیث ان [المجله] لم تتعرض لهـذا البحث مع انه من مهمات مباحث الإجاره و كان حقه ان یـذكر هنا أی فی إجاره الآدمی أو فی شـرائط العمل المسـتأجر علیه، و موجز القول فیه ان الواجب لا یخلو اما ان یكون عینیاً أو كفائیاً و كل منهما لا یخلو اما ان یكون تعبـدیاً أو توصـلیاً و كل منهما لا یخلو اما ان یكون وجوبه أصلیاً أو عرضیاً و كل منهما اما ان یكون واجباً علیه أو علی غیره، فالواجبات التوصـلیه بجمیع أنواعها سواء وجبت علیه أو علی غیره، یجوز أخذ الأجره علیها مطلقاً لان معنی التوصلی هو الذی یطلب وجوده فی الخارج كیف اتفق و من ای داع و سـبب كان فیجوز ان یسـتأجرك غیرك لتطهیر ثوبه أو ثوبك للصـلاه و غیرها كما یجوز ان تستأجره لذلك أیضاً و كذا الكلام فی سائر التوصلیات و اما التعبدیات و هو ما لا یصح الا بنیه القربه أی لا یحصل امتثاله إلا بإتیانه بـداعی التقرب الیه تعالی فی امتثال امره فلا یصـح أخـذ الأجره علیه حسب القاعـده لأن الإتیان به بداعی القربه یتنافی مع الإتیـان به بـداعی الأـجره سواء كان عینیاً أو كفائیاً كصـلاه الظهر أو الصـلاه علی المیت و كـذا؟؟؟؟ أو تغسـیل المیت فلا معنی لاستئجار شخص یصلی عنك صلاه الظهر و یصلی علی میتك أو یغسله و الإجاره تكون باطله لاغیه.

نعم یستثنی من ذلك أخذ الأجره للصوم و الصلاه و الحج نیابه عن

المیت الـذی ثبت بالـدلیل من إجماع و غیره صـحته، و قـد أعضل علی الأساطین تطبیق هـذا الحکم علی القواعد و تخریج وجه للجمع بین داعی القربه الـذی تتقوم به روح العباده و داعی الأجره الذی لم یأت بالعمل عن الغیر لولاها و هما متنافیان بالضـروره فکیف الجمع بینهما و الشـرع لا یصحح المستحیل؟ و قد ذکروا لذلک وجوهاً متعدده لا یخلو أکثرها من نظر و هی موکوله إلی محلها.

و یلحق بهذا المستحبات التعبدیه مطلقاً کصلاه النوافل و قراءه القرآن فلا یصح ان تستأجر من یصلی النافله عنک أو عن نفسه أو یقرأ القرآن له أو لک أو لو لدیک و لکنهم جوزوا النیابه عن الغیر حی أو میت فی عامه المسـتحبات حتی الحج و لم یمنعوه إلا فی الصوم و الصـلاه عن الحی فلا یصح ان تسـتأجر من یصوم عنک شـهر رجب أو شـعبان أو یصـلی لک صلاه النافله أو صلاه التراویح.

نعم یجوز استیجاره لیزور عنک أو یحج أو یقرأ القرآن و هکذا سائر المستحبات التی تصلح فیها النیابه.

أما الواجبات الکفائیه و المسـتحبات الکفائیه فقـد أشـیر لک انها أیضاً علی قسـمین، تعبدیه کصـلاه المیت و تغسـیله، و توصـلیه دینیه کتعلیم الاحکام و تبین مسائل الحلال و الحرام و اقراء القرآن و أمثالها، و توصـلیه دنیویه کالصنائع و العلوم مثل علم الطب و سـائر مـا تتوقـف علیه الحیـاه الاجتمـاعیه من الحرف و المهن و الصـناعات فـان الجمیـع واجب کفـائی و لکنه توصـلی دنیوی ضروره ان غرض الشارع وجوده علی ای نحو اتفق لیستقیم به

نظام الهیئه الاجتماعیه، و قد عرفت ان الأول أعنی- التعبدی- لا یجوز أخذ الأجره علیه مطلقاً، نعم تجوز الأجره علی مقدماته أو مستحباته الغیر العبادیه کما یجوز أخذ الأجره علی قسم التوصلیات منه مطلقاً، و قد اتضح لک بهذا البیان ان أخذ الأجره علی تعلیم أهل القریه و امامه الصلاه و الأذان للإعلام بالوقت لا لصلاه نفسه جائز و الإجاره صحیحه علی الأقرب فی رأیی و ان منع منه جماعه من العلماء و هو الا وفق بالاحتیاط.

فان قیل: انه یجب قیام العالم و المؤذن و المقری بمثل هذه الشعائر الدینیه و لو لا ذلک لذهب الدین و تعطلت الاحکام.

قلنا: نعم لا ریب فی وجوب کل ذلک و لکن وجوباً کفائیاً توصلیاً لان الغرض حفظ الدین و نشر الاحکام و لا ینافیه أخذ الأجره بعد ان کان المهم نفس وقوعها، نعم هو مکروه کراهه شدیده سیما فی تعلیم القرآن لقوله علیه الصلاه و السلام (أقروا القرآن و لا تأکلوا به) سواء کان من باب الفعل أو الافعال، و أشد منه إمامه الجماعه بل لا تخلو صحه الصلاه معه من اشکال، نعم لا کراهه لمن دفع ولده لمن یعلمه القرآن ان یکرمه و یحسن الیه و لکن لا بنحو الأجره و یجوز للمعلم الأخذ خصوصاً إذا کان فقیراً و لا مهنه له سوی ذلک، و کذلک قراءه القرآن لأرواح الأموات فینبغی للناس ان یعطوهم و ینبغی بل یجب علی هؤلاء القراء و المعلمین ان لا یماکسوهم.

و قد حررنا هذا البحث علی جری القلم من دون تجدید مراجعه و استقراء فعلیک ایها الطالب الاستقصاء التام فی مظانه، و اللّه ولی

التوفيق.

(ماده: ۵۷۱) الأجير الذى استأجر على ان يعمل بنفسه ليس له ان يستعمل غيره، إلخ ..

قد تكرر بيان هذا و انه من الإجاره الشخصيه فلو تجاوز منطوقها، و تعدى عن نصها لم يستحق الأجره و كان ضامناً لو تلفت العين المستأجر على العمل بها، و هى قضيه مطرده سياله فى جميع الأعمال مقيده تاره و مطلقه أخرى و لكل حكمه، و قد أشار الى المطلقه فى ماده (۵۷۲) لو أطلق حين الاستئجار فللمستأجر أن يستعمل غيره، و ماده (۵۷۳) قول المستأجر للأجير اعمل هذا الشغل إطلاق، فلو قال للخياط: خط هذه (الجبه) بكذا، عن دون تقييد بنفسك أو بالذات و خاطها الخياط بخليفته أو خياط آخر يستحق المسمى و ان تلفت بلا تعد لا يضمن.

حيث لا تكون هناك قرينه حال أو مقال بإرادته نفس الخياط كما لو كان استاداً ماهراً أو ما أشبه ذلك و الا ضمن بدفعها للغير.

[ماده: ۵۷۴] كل ما كان من توابع العمل و لم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلده و عادتها

كما ان العاده ان الخيط على الخياط، و مثله فى ان المتبع هو العرف و العاده ماده (۵۷۵) يلزم الحمال إدخال الحمل الى الدار و لكن لا يضعه فى محله مثلا- ليس على الحمال إخراج الحمل الى فوق الدار و لا وضع الذخيره فى الأنبار.

و مثلها- ماده (۵۷۶) لا يلزم المستأجر إطعام الأجير الا ان يكون عرف البلده كذلك.

و ماده (۵۷۷) ان دور دلال مالا و لم يبعه ليس له اجره

و إذا باعه دلال آخر كانت له الأجره فقط.

(ماده: ۵۷۸) لو اعطى ماله للدلال و قال: بعه بكذا دراهم، فان باعه الدلال بأزيد من ذلك فالفاضل أيضاً لصاحب المال و ليس الدلال سوى الأجره.

و لكن الدلال فى بيعه بالزائد الغير مأذون به يكون فضولياً يحتاج إلى الإجازه و تفسد الإجاره. و يستحق اجره المثل على بيعه، و قد ورد فى حديث عروه البارقى نظير هذا حيث دفع له النبى صلى اللّه عليه و آله و سلّم درهمين ليشترى له بهما شاه فاشترى شاتين، نعم يمكن خروجه عن الفضولى بدعوى العلم بإذن الفحوى و ان المالك يرضى ببيع ماله بالزائد.

(ماده: ۵۷۹) لو خرج مستحق بعد أخذ الدلال أجرته و ضبط المبيع أو رد بعيب لا تسترد اجره الدلال.

إلا إذا كان الدلال عالماً بأنه مستحق للغير فإنه لا يستحق الأجره على معامله باطله بل ربما تكون حراماً لأنها اعانه على الإثم كما لو باع مال الوقف مع علمه بوقفيته الى كثير من أمثاله.

(ماده: ۵۸۰) من استأجر حصادين ليحصدوا زرعه الذى فى أرضه

و بعد حصادهم مقداراً منه لو تلف الباقى بنزول الحالوب (البرد) أو بقضاء آخر فلهم ان يأخذوا من الأجر المسمى مقدار حصه ما حصدوه و ليس لهم أخذ أجر الباقى.

هذه المسأله سياله كثيره الفروع موضوعها الكميات المتصله و المنفصله اى القاره و غير القاره التى مرّ نظيرها فى البيع و انها تنحل الى عقود متعدده فتصح فى الموجود الممكن و تبطل فى المفقود المتعذر بخلاف ما لو كان عقداً واحداً بسيطاً فان الكل يعدم بانعدام بعض اجزائه.

و من هذا القبيل لو استأجره على خدمه سنه فخدمه سته أشهر و تمرض فإنه يستحق نصف الأجره و هكذا لو استأجره على خياطه الثوب فخاط نصفه بخلاف ما لو استأجره على كون الثوب مخيطاً فإنه أمر بسيط فلو خاط بعضه لم يستحق شيئاً و يتضح هذا فى مثل السفر فتاره يستأجره على المسير إلى المدينه و اخرى على كونه فى المدينه، و أوضح من هذا ان يستأجره على الحج و أداء المناسك و اخرى على تفريغ ذمه أبيه من الحج الذى اشتغلت به ذمته، و مع ذلك فتمييز أحد النوعين عن الآخر فى بعض المقامات من اعقد المشكلات.

(ماده: ۵۸۱) كما انه للظئر فسخ الإجاره لو مرضت

(و تستحق اجره ما مضى) كذلك للمسترضع فسخها إذا مرضت أو حملت أو ظهر بها أحد العيوب إلخ ..

و هو واضح.

الباب السابع فی وظیفه الآجر و المستأجر بعد العقد

اشاره

و یشتمل علی ثلاثه فصول

الفصل الأول فی تسلیم المأجور

اشاره

تسلیم العین المأجوره هو بعینه تسلیم العین المبیعه الذی قد عرفت الکلام فیه فی (الجزء الأول) مفصلا و ان أکثر الفقهاء فسروه بالتخلیه و ذکرنا ما فیه من الخلل و التسامح و انه یختلف باختلاف الأعیان المبیعه و قد عرفت قریباً ان الإجاره أیضاً تتعلق بالعین و لکن من حیث المنفعه و تسلیم المنفعه لا یکون الا بتسلیم العین و هو یختلف باختلاف الأعیان أیضا و (المجله) هنا قد تسامحت أیضاً حیث فسرته بما الی التخلیه أو الاذن و هو لا یطرد فی جمیع المستأجرات فان تسلیم مثل الحلی و الحلل لا یتحقق إلا بإقباضه یداً بید کالنقود و هکذا فی أکثر المنقولات، نعم یتم ما ذکروه فی الدور و العقارات و نحوها. و بهذا یتضح القصور فی ماده [۵۸۲]

(تسليم المأجور هو عباره عن اجازه الآجر و رخصته للمستأجر ان ينتفع به بلا مانع.)

و من توضيح الواضحات ماده (۵۸۳) إذا انعقدت الإجاره الصحيحه على المده و المسافه فيلزم تسليم المأجور للمستأجر على ان يبقى فى يديه مستمراً الى انقضاء المده أو ختام المسافه.

فإن هذا من لوازم الإجاره و بدونه لا يبقى لها معنى محصل و لا حاجه الى المثال بالكروسه و وصولها الى المحل كما ان من لوازم الإجاره و ملكيه منفعه العين المأجوره تسليمها فارغه من كل ما يشغلها على ما فى ماده (۵۸۴) لو آجر أحد ملكه و كان فيه ماله لا تلزم الأجره ما لم يسلمه فارغاً الا ان يكون قد باع المال للمستأجر أيضاً.

(ماده: ۵۸۵) لو سلم الدار الا حجره وضع فيها اشيائه يسقط من بدل الإجاره مقدار حصه تلك الحجره

و المستأجر مخير فى الدار (بخيار تبعض الصفقه) و ان أخلى الأجر الحجره و سلمها قبل الفسخ تلزم الإجاره يعنى لا يبقى للمستأجر حق الفسخ.

اى حيث لا يمضى زمان متقوم لعدم تسليم الحجره و الا فاخلاؤها بعد زمان معتد به لا يسقط خياره.

(الفصل الثانی) فی (تصرف العاقدین فی المأجور بعد العقد

(ماده: ۵۸۶) للمستأجر إیجار المأجور لآخر قبل القبض ان کان عقاراً و ان کان منقولا فلا

و ذکروا فی وجه الفرق بینهما ان احتمال هلاک المنقول غالب و احتمال هلاک العقار نادر، و النادر لا یعتبر فی الأحکام الشرعیه، و هو کما تری قیاس و استحسان لا یستقیم به المیزان، فان احتمال الهلاک لا یصلح فارقا فإنه ان هلک قبل القبض و جرت فیه قاعده (التلف قبل القبض) انفسخ العقد فیهما و الا نفذ العقد فیهما و کان تلف العین علی المؤجر و تلف منافعها علی المستأجر و یذهب الثمن المسمی علیه سواء کان عقاراً أو منقولا، و مقتضی ملکیته للمنفعه ان له إیجاره مطلقاً من المؤجر و من غیره، و منع بعضهم إیجاره من المؤجر لا وجه له، کما ان له بیع المبیع ثانیا للبائع و لغیره کما یجوز بیع بدل المنفعه إذا کان عیناً من المستأجر و من غیره، و إذا کان دیناً یجوز بیعه منه أیضاً و من غیره بناء علی جواز بیع الدین مطلقاً کما یجوز هبته للمستأجر فیکون إبراء و من غیره بناء علی تمطی الهبه من العین الی الدین و عدم اختصاصها بالأعیان فیکون

تمليكاً مجانياً.

(ماده: ۵۸۷) للمستأجر إيجار ما لا يتفاوت استعماله و انتفاعه باختلاف الناس لآخر.

يعنى انه لو استأجر دكانا أو حماما أو سفينه يجوز ان يؤجره لغيره كما يجوز إعارته للغير، اما ما يتفاوت الناس باستعماله كالدابه و الثياب فلا يجوز.

و قد عرفت مكرراً ان الملاك ليس قضيه التفاوت فى الاستعمال مضافاً الى انه مما لا ضابطه له فان الدار أيضاً مما يتفاوت الناس باستعمالها فيستعملها بعض بمداراه و بعض بغير مبالات، بل الميزان العدل فى ذلك هو الإجاره الكليه فيجوز أو الشخصيه فلا يجوز فالعبره بالإطلاق و التقييد لا غير فتدبره.

(ماده: ۵۸۸) إن آجر المستأجر بإجاره فاسده المأجور لآخر بإجاره صحيحه يجوز

عرفت ان الإجاره الفاسده و الباطله سواء، و إذا كانت الإجاره فاسده لم يترتب الأثر عليها و هو تملك المنفعه و إذا لم يملكها كيف يصح تمليكها لغيره و الفاسد لا يترتب عليه الا الفاسد لا الصحيح؟

(ماده: ۵۸۹) لو آجر أحد ماله مده معلومه لآخر بإجاره لازمه ثم آجر أيضاً تلك المده تكراراً لغيره لا تنعقد

و لا تنفذ الإجاره الثانيه و لا تعتبر.

احترز باللازمه عما لو كانت الإجاره جائزه لخيار شرط فيها و نحوه

فإن إيجاره ثانياً ملك المده بعينها من آخر يعد فسخاً للأولى، و لكن مع ذلك كان ينبغى ان تقول: انها لا تنفذ بل تبقى موقوفه على إجازه المستأجر الأول و يكون المؤجر فضولياً بالنسبه إلى المستأجر الأول لا أنها لا تنعقد أصلا فتدبر.

اما لو آجر غير تلك المده فلا مانع من توارد الإجارات المتعاقبه على العين الواحده باختلاف الأزمنه.

(ماده: ۵۹۰) لو باع الآجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع و المشترى و ان لم يكن نافذاً فى حق المستأجر.

هذا البيان قاصر ناقص، و تحرير البحث ان المؤجر إذا باع العين المأجوره وقع النظر من جهتين.

جهه البائع و المشترى.

و جهه البيع و الإجاره، أو المؤجر و المستأجر.

اما من الجهه الأولى فإن كان المشترى عالماً حين العقد بان المبيع مأجور لزم البيع عليه و لا خيار له أصلا و لزم عليه الصبر الى انتهاء مده الإجاره و بعدها يستلم العين لانه قد اشتراها مسلوبه المنفعه، و البيع المتأخر لا يبطل الإجاره المتقدمه، و ان كان جاهلا بها ثم علم كان له الخيار ان شاء امضى البيع و صبر و ان شاء فسخ و لا حق له فى فسخ الإجاره أصلا.

و اما من الجهه الثانيه فقد ظهر لك انه لا تزاحم بين الإجاره السابقه و البيع اللاحق أصلا و لا سبيل للمشترى على فسخها كما لا سبيل للمستأجر

على فسخ البيع بل يقضى مدته ثم يدفع العين إلى المشترى.

إذاً فما معنى قول (المجله) و ان لم يكن نافذاً فى حق المستأجر؟ و كان حقه ان تقول: و ان لم يكن نافذاً فى حق المشترى لو كان جاهلا، و لا حاجه بل و لا فائده فيما فرعته على ذلك بقولها. حتى انه بعد انقضاء مده الإجاره يلزم البيع فى حق المشترى و ليس له الامتناع إلخ ..

يعنى إذا كان عالماً.

الفصل الثالث فى بيان مسائل تتعلق برد المأجور و إعادته

أكثر مواد هذا الفصل مع وضوحها و كونها غنيه عن البيان مكرره متداخله يغنى بعضها عن بعض مثلا- ماده (۵۹۱) يلزم على المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجاره- هى عين ماده (۵۹۲) ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء الإجاره، و لا اختلاف بينهما إلا فى العباره، فإن رفع اليد عباره ثانيه عن عدم الاستعمال، كما ان ماده (۵۹۳) لو انقضت الإجاره و أراد الأجر قبض ماله يلزم المستأجر تسليمه إياه تكفى عنها و تدل عليها ماده (۵۹۴) لا يلزم المستأجر رد المأجور و يلزم الآجر أن يأخذه عند انقضاء الإجاره إلخ.

و كذا ماده (۵۹۵) إن احتاج رد المأجور الى الحمل و المئونه فاجره

نقله على الآـخر، و «بـالجمله» فحق حسن التحرير يقضـى بإلغـاء هـذا الفصـل و جمع جميع مواده فى مـاده واحـده فيقـال: العين المأجوره امانه فى يد المستأجر و هى أمانه مالكيه لا يجب ردها بل يجب تسليمها عند طلبها و على المؤجر تسلمها و لو احتاج ردها إلى أجره فعلى المالك و لا يجوز بعد انقضاء المده استعمالها إلا بإذن جديد فلو استعملها بدون اذن و تلفت و لو بغير تفريط ضـمن و لو تلفت بغير استعمال و غير تفريط قبل الطلب فلا ضمان. الا ان يشترط على المستأجر ردها و نفقتها فيكون عليه ضمانها لو قصر فى ردها أو نفقتها.

و من الغريب قول بعض الشراح: إذا اشترطا ان يكون أجره اعاده المأجور على المستأجر فسدت الإجاره لأنه شرط مفيد للمؤجر و الشرط المفيد لأحد العاقدين يفسد الإجاره ا ه.

و ما ادرى كيف صار الشرط المفيـد لأحد العاقدين مفسداً للإجاره مع ان كل من يشترط شـرطاً فإنه يشترطه باعتبار انه مفيد له، فهل يريـد هـذا القائل ان الشـرط الصـحيح هو ما يكون لغواً لا فائـده فيه، أو يحصـره فى المفيد لهما معاً و الكلا بحكم و جزاف يحكم عموم أدله الشروط.

الباب الثامن (فی بیان الضمانات)

اشاره

و یحتوی علی ثلاثه فصول)

الفصل الأول فی ضمان المنفعه

(ماده: ۵۹۶) لو استعمل أحد مالا بدون اذن صاحبه فهو من قبیل الغاصب

لا یلزمه أداء منافعه و لکن إذا کان مال وقف أو یتیم فعلی کل حال یلزم أجر المثل و ان کان معداً للاستغلال فعلی ان لا یکون بتأویل عقد أو ملک یلزم ضمان المنفعه یعنی أجر المثل مثلا- لو سکن أحد فی دار آخر مده بدون عقد اجاره لا تلزمه الأجره لکن ان کانت تلک الدار وقفاً أو مال یتیم فعلی کل حال یعنی ان کان ثم تأویل ملک و عقد أو لم یکن یلزم أجر مثل المده التی سکنها و کذلک ان کانت دار کراء و لم یکن ثم تأویل ملک و عقد یلزم أجر المثل و کذا لو استعمل أحد دابه الکراء بدون اذن صاحبها یلزم أجر المثل.

قد مرّ علیک کثیر من فروع هذا الباب و نظائر هذا الغرض المبتنی علی القاعده الاساسیه عند الحنفیه من ان (الأجر و الضمان لا یجتمعان) و خالفهم الشافعیه و عامه الإمامیه و القاعده المزبوره مع انها لا تستند الی ای دلیل شرعی و لا مدرک سوی الاستحسان و ان معنی ضمان العین دخولها فی الملک و إذا دخلت العین فی ملک إنسان ملک منافعها فإذا

استوفاها لا يضمن لانه قد ضمن عينها و هو كما ترى ممنوع صغرى و كبرى فلا الضمان ملك و لا ملك العين مستلزم ملك المنفعه و لو سلمت كل هذه الأباطيل فما وجه استثناء الوقف و مال اليتيم فلو غصب الوقف أو مال اليتيم ألا يكون ضامناً للعين فما وجه ضمان المنفعه مع ضمان العين، و هل هذا الا من قبيل ما يقال:

سطح بهواءين ثم سلمنا كل هذه التحكمات فما وجه استثناء المعد للاستغلال أيضاً إذا لم يكن بتأويل عقد أو ملك فإذا كان بتأويل الملك فلا ضمان.

أ فليس من الحكم الجزاف و الكلام الكيفى ما فى ماده (۵۹۷) لا ـ يلزم ضمان المنفعه فى مال استعمل بتأويل ملك و ان كان معداً للاستغلال مثلا- لو تصرف أحد الشركاء مده فى المال المشترك بدون اذن شريكه مستقلا فليس للشريك الآخر أخذ حصته لانه استعمله على انه ملكه، و هذا جزاف كما ترى فى صغراه و كبراه فان الشريك حين يتصرف فى كل الدار المشتركه لا يلزمه ان يقصد ان الدار بأجمعها ملكه و لو قصد فليس لقصده اى أثر فضلا عن هذا الأثر الشديد و هو إسقاط حق شريكه من منافع حصته.

«و حقاً» ان الأحناف قد تطرفوا بهذه الفتوى مدى بعيداً، و فتحوا لحليه غصب أموال الناس باباً واسعاً، حيث صار بوسع كل أحد ان يستأجر داراً أو حانوتاً أو غير ذلک ثم ينوى به الملكيه فيكون غاصباً و ينتفع به مده حسب إرادته ثم يرده الى المالك بلا اجره و لا بدل المثل و يكون ذلک حلالًا له، و هذا حكم لا يسيغه ذوق إنسان و لا يقره عقل و لا وجدان، فكيف تقره الشريعه الإسلاميه المقدسه؟

و مثلها بل أسوء منها ماده (۵۹۸) لا یلزم ضـمان المنفعه فی مال استعمل بتأویل عقد و ان کان معداً للاستغلال مثلا- لو باع أحد لآخر حانوتا ملکه مشترکا بدون اذن شـریکه و تصـرف فیه المشتری ثم لم یجز البیع الشـریک و ضـبط حصته لیس له ان یطالب بأجره حصـته و ان کان معداً للاسـتغلال لأن المشتری اسـتعمله بتأویل العقد یعنی حیث انه تصـرف فیه بعقد البیع لا یلزم ضـمان المنفعه کذلک لو باع أحد لآخر رحی علی انه ملکه و سـلمها ثم بعد تصرف المشتری لو ظهر لها مستحق و أخذها من المشتری بعد الإثبات و الحکم لیس له ان یأخذ أجره لتصرفه فی المده المذکوره لأن فی هذا أیضاً تأویل عقد.

فإن تأویل العقد و شـبهه الملکیه لا تسقط الحق الصریح و ملکیه الشریک القطیعه و بأی وجه مشروع أو معقول یستبیح المشتری منافع حصه الشـریک الذی لم یجز العقد علی ماله بغیر اذنه؟ و هل هذا الا أکل مال بالباطل؟ و الشـرع ینادی (لا یحل مال امرئ الا بطیب نفسه- الا ان تکون تجاره عن تراض) و المنافع أموال بل هی ملاک مالیه الأعیان و لذا تقابل بالأموال.

و هـذه الفتوی الجائره، و الأحکام المجازفه- کلها انما جاءت من آفه العمل بالقیاس، بل و القیاس الوهمی أو القیاس مع الفارق، أو الاستحسان المخالف للنص الصریح، و الدلیل الواضح، عصمنا اللّه و إخواننا المسلمین من الزلل فی القول و العمل.

(ماده: ۵۹۹) لو استخدم أحد صغیراً بدون اذن ولیه أو وصیه

فإذا بلغ رشده يأخذ أجر مثل خدمته و لو توفى فلورثته ان يأخذوا أجر مثل تلك المده من ذلك الرجل.

من المعلوم ان استخدام الصغير بدون اذن وليه غير جائز، و المعامله معه باطله، فلو استخدمه أحد فعل حراماً بلا إشكال إنما الإشكال فى ضمان تلك المنافع إذا كان الصغير حراً كما هو فرض المسأله بناء على ان منافع الحر لا تضمن اما مطلقاً أو التفصيل بين الكسوب و غيره أو تضمن مطلقاً كما هو الأقرب فى رأينا لأن الحر و ان لم يكن مالا و لكن لا مانع من ان منافعه عند حصولها أو العقد عليها تكون أموالا و بهذا صح ان يؤجر نفسه، و عليه فمنافع الصغير ان استوفاها أحد بوجه مشروع أو غير مشروع تضمن و يدفع بدلها لوليه أو له بعد بلوغه و رشده أو لورثته بعد موته و لا يجوز إعطاؤها له فى حال صغره و لا تحسب له و كذا لو أنفقها عليه لباساً و طعاماً فإنه يكون متبرعاً إلا إذا اذن وليه بذلك.

الفصل الثانى (فى ضمان المستأجر)

عرفت ان العين المأجوره أمانه مالكيه فى يد المستأجر و من حكم الأمانات مطلقاً عدم الضمان بغير تعد و تفريط و قد أحسنت (المجله) فى ماده (۶۰۰) المأجور امانه فى يد المستأجر ان كان عقد الإجاره

صحيحاً أو لم يكن.

و لكنه إذا قبضه بإذن المؤجر فی الفاسده اما لو قبضها بدون اذنه فهو ضامن مع الفساد مطلقاً و يتفرع على هذه الماده- ماده (۶۰۱) لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور فی يد المستأجر ما لم يكن بتقصيره أو بتعديه أو بمخالفته المأذونيه.

يعنی ان أسباب الضمان ثلاثه.

۱-: إتلافه بالتعدی.

۲-: تقصيره فی حفظه حتی تلف.

۳-: مخالفته للإذن و شروط الإجاره.

فلو اشترط عليه ان لا يحمل على الدابه أكثر من وزنه فحمل عليها الأكثر فهلكت و لو بسبب آخر ضمن لانه بمخالفته الشرط خرج عن الامانه، و كان ينبغی ان يضم إلى أسباب الضمان سبب رابع و هو شرط الضمان مطلقاً و ان كان فی صحه مثل هذا الشرط بحث و لكن الأقوى الصحه، و قد ذكرت (المجله) السبب الأول فی ماده (۶۰۲) يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقصان بتعديه، مثلا- لو ضرب المستأجر دابه الكراء فماتت منه أو ساقها بعنف و شده فهلكت لزمه ضمان قيمتها.

و من هذا القبيل ماده [۶۰۳] حركه المستأجر على خلاف المعتاد تعد تفريطاً و يضمن الضرر و الخسار الذی يتولد منها مثلا- لو استعمل الألبسه التی استكراها على خلاف عاده الناس و بليت يضمن- و كذلك

احتراق الدار بسبب إشعال النار أزيد من عاده سائر الناس.

و أشارت إلى السبب الثانى فى ماده (۶۰۴) لو تلف المأجور بتقصير المستأجر فى المحافظه أو طرأ على قيمته نقصان يلزم الضمان، مثلاـ لو ترك المستأجر دابه الكراء خاليه الرأس و ضاعت يضمن لأنه أمين مكلف بحفظ الامانه فيضمن إذا قصر بالحفظ المعتاد.

و أشارت الى الثالث فى ماده (۶۰۵) مخالفه المستأجر مأذونيته بالتجاوز الى ما فوق المشروط توجب الضمان، و اما مخالفته بالعدول الى ما دون المشروط أو مثله لاـ توجبه، مثلا- لو حمل المستأجر خمسين أقه حديداً على دابه استكراها لان يحملها خمسين أقه سمناً و عطبت يضمن و اما لو حملها حموله مساويه الدهن فى المضره أو أخف و عطبت لا يضمن.

أما ماده (۶۰۶) فهى من توابع ما تقدم فى ماده (۵۹۱) و (۵۹۲) و ماده (۶۰۰) و حقها ان تذكر فى إحدى تلك المواد.

الفصل الثالث (فى ضمان الأجير)

هذا الفصل معقود لتلف المستأجر فيه و الذى قبله كان لبيان تلف المأجور، و حيث ان الملاك فى المقامين متحد كان الأنسب بالتحرير جمعهما فى مقام واحد فان تلك الأسباب بعينها هى أسباب ضمان المستأجر فيه فإذا أعطيت

الخياط ثوباً ليخيطه فأتلفه أو قصر فى حفظه حتى تلف، أو تعدى الإذن أو الشرط كان ضامناً و كذا لو غرّه و قال يتسع لصنعه قباء فظهر خلاف ذلك، و لا فرق فى ذلك بين الأجير الخاص و المشترك و لا حاجه الى تكثير الأمثله و تكرار المواد و الفصول، و لا نجد وجهاً مقبولا أو معقولا للفرق بينهما، و ما يقال من أننا لو قلنا: بأن الأجير المشترك لا يضمن التلف الحاصل من عمله- يباشر بتقبيل اعمال فوق طاقته و يضر بالمستأجرين، ففساده غنى عن البيان، و تنقيح القول على الإجمال فى ضمان الأجير ما يعمل فيه ان القاعده تقتضى عدم ضمانه كالمستأجر بالنسبه إلى العين الا مع التعدى و التفريط أو التغرير- فالقصار و النجار و البيطار و الخياط و الصائغ و سائر أرباب المهن و الصنائع حتى الحمال و المكارى للنقل و الحمل لا يضمنون ما يتلف أو يعاب بأيديهم من أموال الناس الا بالإتلاف أو الشرط أو التفريط فى الحفظ أو التقصير فى العمل أو التغرير بان يقول له المستأجر: ان كان هذه القطعه من القماش تكفى جبه ففصلها، فقال: نعم تكفى ففصلها فظهر انها لا تكفى و لا فرق بين ان يشترط عليه أو يسأله فيقول نعم، إذا كان مغروراً منه، اما مع عدم شى ء من هذه الأسباب فلا ضمان لأنه أمين كالعين فى يد المستأجر لاستيفاء المنفعه و لكن ذهب أكثر الفقهاء الى ان الخياط و القصار إذا أفسد الثوب ضمن، و كذا الختّان و الحجام و الكحال و البيطار و كل من آجر نفسه لعمل فى مال المستأجر إذا أفسده كان ضامناً و ان كان بغير قصده لعموم (من أتلف ..) و للصحيح عن الصادق (عليه السلام) فى الرجل يعطى الثوب ليصبغه،

فقال «علیه السلام» (کل عامل أعطیته علی ان یصلح فأفسد فهو ضامن) و یظهر منهم إطلاق الضمان حتی مع عدم التعدی و التفریط بل قالوا بضمان الطبیب المباشر للعلاج إذا أضر و ان کان حاذقاً الا مع أخذ البراءه و عدم التقصیر و افرطوا حتی قالوا بضمان الحمال إذا عثر و زلق فوقع و انکسر ما کان یحمله کل ذلک لقاعده الإتلاف، و صدق الإتلاف فی کثیر من هذه الموارد مشکل و الصحیح ناظر الی من أفسد عن تقصیر و تسامح و لذا لم یحکموا فی ما لو استأجر دابه لحمل متاع فعثرت و تلف أو نقص بضمان صاحبها إلا إذا کان هو السبب فی عثرتها بضرب زائد أو نخس و کذا فی السفینه لو غرق متاعها و سرق و إذا استؤجر لحفظ متاع فسرق لم یضمن الا مع التقصیر فی الحفظ أو الشرط.

نعم لو غلبه النوم فسرق قد یعد ذلک تقصیراً فیضمن لکنه مشکل، و علی کل حال لو سرق لم یستحق الأجره ان کانت الإجاره علی الحفظ، اما لو کانت علی النطاره و النظاره و لو لداعی الحفظ و قد قام بهما علی العاده استحقها، کما ان صاحب الحمام لا یضمن الثیاب لأن الأجره انما هی للحمام فقط لا له و للحفظ، نعم لو وضعها الی جنبه بصفه الامانه وجب علیه حفظها فلو قصر فی الحفظ ضمن.

و «القصاری» انک عرفت ان کلا من المستأجر و الأجیر بالنسبه إلی العین و محل العمل أمین و قاعده [الائتمان عدم الضمان] إلا إذا خرج عن الأمانه بأحد الأسباب المتقدمه فالأصل الاولی الذی یرجع

إليه فى موارد الشك هو عدم الضمان حتى يتحقق حصول السبب و من جميع ذلك يتضح القول فى مواد هذا الفصل.

اما- ماده (۶۰۷) لو تلف المستأجر فيه بتعدى الأجير أو تقصيره يضمن، فلا اشكال فيها كما لا إشكال فى ماده [۶۰۸] تعدى الأجير هو ان يعمل عملا أو يتحرك حركه مخالفين لأمر الآجر صراحه كان أو دلاله إلخ .. و مثلها ماده [۶۰۹] تقصير الأجير هو قصور فى محافظه المستأجر فيه بلا عذر مثلا- لو فرت الشاه و لم يذهب الراعى لقبضها تكاسلا و إهمالا يضمن حيث انه يكون مقصراً و ان كان عدم ذهابه قد نشأ عن غلبه احتمال ضياع الشاء الباقيات عند ذهابه يكون معذوراً و لا يلزم الضمان.

انما الاشكال و المنع فى المادتين الأخيرتين- ماده (۶۱۰) الأجير الخاص أمين حتى انه لا يضمن المال الذى تلف فى يده بغير صنعه و كذا لا يضمن المال الذى يعمله بلا تعد أيضاً.

و- ماده (۶۱۱) الأجير المشترك يضمن الضرر و الخسار الذى تولد عن فعله و صنعه ان كان بتقصيره أو لم يكن.

فإن الأجير الخاص إذا كان لا يضمن لأنه أمين فالاجير المشترك أمين فحقه ان لا يضمن أيضاً فما وجه التفصيل بالضمان بينهما؟ كما عرفته قريباً موضحاً.

و الى هنا انتهت مواد (المجله) من مباحث الإجاره

و قد بقيت مسائل مهمه لم تتعرض لها أو أشارت إليها بصوره مجمله يلزم بيانها.

اشاره

الاولی-: ان صوره امتناع الانتفاع بالعین المأجوره و أنواعه کثیره

و حیث ان أکثرها قد تقدم متفرقاً فی عده مواد وجدنا من حسن التحریر ان ننظم شتاتها فی سلک واحد کعقد متلائم فنقول: ان امتناع تمام الانتفاع اما ان یکون لتلف العین أو لتعیبها أو لسبب آخر مع سلامتها.

اما التلف فان کان سماویاً فهو موجب للفسخ بجمیع أنواعه بعد القبض أو قبله فی الأثناء أو قبل الشروع فی الاستیفاء، غایته انه لو کان فی الأثناء وزعت الأجره المسماه علی الماضی و الباقی بالنسبه فأخذ المستأجر حصه ما بقی و دفع للمؤجر حصه ما مضی و یمکن الفسخ فی الجمیع و أخذ بدل المثل عن الماضی، و ان کان بإتلاف متلف فان کان هو المؤجر ضمن المثل أو القیمه للمستأجر- یعنی قیمه المنفعه- و لو قیل ان للمستأجر الخیار بین الفسخ و استرداد الأجره المسماه أو الإمضاء و أخذ القیمه کان سدیداً، و ان کان هو المستأجر ضمن العین و لزمته الأجره المسماه و کان إتلافه بمنزله الاستیفاء، و ان کان المتلف أجنبیاً ضمن العین للمؤجر و المنفعه للمستأجر، اما فی العمل فتبطل الإجاره مطلقاً لزوال الموضوع، و ان کان المانع هو العیب فهو موجب لخیار المستأجر مطلقاً سواء کان قبل العقد أو بعده قبل القبض أو بعده فلو فسخ فی أثناء المده دفع من الأجره المسماه بالنسبه عما مضی، اما لو کان المانع غیر التلف و العیب فاما ان یکون من المؤجر بامتناعه من تسلیم العین و عدم التمکن من جبره بحاکم أو نحوه أو سلمها ثم انتزعها أو حال بین المستأجر و بین

الانتفاع فهو فی الجمیع ضامن للمنفعه بالمثل أو القیمه و لو قیل بالخیار للمستأجر کان أصوب، و اما ان یکون من المستأجر فإن کان لعذر کمرض یمنعه الرکوب مثلا أو زوال مرض کما لو استأجره علی قلع ضرسه فزال الألم و أمثال ذلک فالمسئله مشکله و القول بالبطلان فی الابتداء أو فی الأثناء للتعذر و تنزیل العذر الخاص منزله العام قریب جداً و ان کان لا یخلو من نظر، اما لو ترکها لا لعذر فقد لزمته الأجره، و اما لو کان المانع أجنبیاً کظالم أو غاصب أو غیرهما فان کان قبل القبض تخیر بین الرجوع علی المؤجر بالأجره أو الرجوع علی الظالم بالبدل، و ان کان بعده فلا رجوع له علی المؤجر و تعین الرجوع علی الأجنبی، و ان کان المانع عذراً عاماً کنزول ثلج أو قیام حرب و ما الی ذلک فالبطلان ابتداء أو فی الأثناء و تتوزع الأجره.

هذا هو التحریر الشافی المستوعب لجمیع فروع القضیه باختصار و یجوز ان یکون قد فاتنا شی ء و لمن یستدرکه علینا المحمده و الشکر و باللّه التوفیق.

الثانیه-: لم تذکر (المجله) بطلان الإجاره أو عدمه بموت المؤجر أو المستأجر

مع أنها من مواضع الخلاف بین فقهاء المذاهب کاختلاف فقهائنا فیها و لکن استقرت فتوی المتأخرین منا علی عدم بطلانها أصلا بموت أحدهما و لا بموتهما و تنتقل الأجره إلی ورثه المؤجر لو مات و المنفعه إلی ورثه المستأجر.

نعم فی الإجاره المقیده بالمباشره تبطل من حین الموت لا من أصلها

و تتوزع الأـجره، و كـذا لو آجر المرتزقه العين الموقوفه وقفـاً ترتيبـاً و ماتوا فى أثناء المـدّه فإن إجارتهم تبطل لانتقال الحق إلى البطن اللاـحق و ملكيتهم محـدوده، إلاـ إذا كـان إيجـارهم لمصـلحه الوقف فإنهـا تبقى الى تمام مـدتها و كـذا لو اوصـى لرجل بـالمنفعه مـده حياته و مات فى أثناء الإجاره، اما الأجره على العمل فلا تبقى بل يجب على الورثه الإتيان بالعمل المسـتأجر عليه، اما لو اشترط عمله بنفسه أو سـكناه بـذاته فمات فللمؤجر الخيار و لو كان على نحو التقييـد بطلت، و لو آجر الولى الصبى مـده و بلغ فى أثنائها و صار رشـيداً فيحتمل البطلان فى الزائـد و يحتمل الصـحه و يحتمل وقفها على الإجازه و هو الأقرب إلا إذا كانت مصـلحته فى ذلك الوقت تقتضـى إجارته تلك المـده المعينه فإنها تلزم و لا حق له فى فسـخها، و يشـبه ذلك ما لو آجر العبد و أعتقه فى أثناء المده أو آجر الدار و باعها فى الأثناء كما سـيأتى أو آجرت المرأه نفسـها ثم تزوجت فان الجميع لازم لا فسخ فيه و نفقه العبـد فى تلك المده اما على المولى الذى اسـتوفى منافعه فيها أو فى كسـبه إن امكنه الكسب مع الخدمه أو على ذمته أو من بيت المـال أو على المسـلمين كفـايه أو على مسـتأجره و يسـتوفيه منه بعـد انتهاء المـده و هو الأقرب، اما الزوجه فنفقتها على الزوج مع التمكين و ان كانت الخدمه لغيره،

الثالثه-: يجوز للمؤجر بيع العين المأجوره فى أثناء مده الإجاره

فـالمشترى يملـك رقبه العين مسـلوبه المنفعه تلـك المـده و المسـتأجر يملك المنفعه و لا تزاحم بينهما و لكن لو كان المشترى جاهلا بالإجاره كان له الخيار لانه نقص فى العين معنى و ان لم يكن نقصا صوره و ليس هو عيباً و لذا

ليس له المطالبه بالأرش بل اما الإمضاء و اما الفسخ كسائر الخيارات غير خيار العيب، و لو كان عالماً و أقدم فلا خيار، أما لو اعتقد أنها مثلا سنه ثم بان انها سنتان كان له الخيار على اشكال، و لو فسخ المستأجر رجعت المنفعه إلى البائع لا إلى المشترى.

نعم لو اعتقد البائع و المشترى بقاء المده ثم انكشف انقضاؤها فالأقوى أنها للمشترى لتبعيّه المنفعه للعين سواء شرطا كونها مسلوبه المنفعه أو تبانيا عليه و لا يثبت للبائع خيار الا مع الغبن، هذا كله لو بيعت على غير المستأجر اما لو بيعت عليه فهل تنفسخ الإجاره أم تبقى؟ وجهان و تظهر الثمره حينئذ فى أمور أظهرها استحقاق الأجره و الثمن معاً للبائع و عدمه، (ثانيها) بقاء ملكيته للمنفعه لو فسخ البيع بأحد أسبابه، (ثالثها) إرث الزوجه من المنفعه فيما لا ترث من عينه، (رابعها) رجوع المشترى بالأجره لو تلفت العين قبل القبض و قبل انقضاء مده الإجاره فإن تلف العين فى الإجاره يوجب الرجوع بالأجره، اما لو قلنا ببطلانها بالبيع فلا رجوع بل يرجع بالثمن فقط، و لو وقع البيع منه و الإجاره من وكيله فى وقت واحد فالأقوى صحتهما معاً لقاعده اعمال السببين و يثبت للمشترى الخيار.

(الرابعه)-: إذا تبين بطلان الإجاره قبل استيفاء شى ء فلا اشكال

و ان كان بعد الاستيفاء كان للمالك المؤجر بدل المثل عما استوفاه المستأجر من المنفعه أو ما عمله من عمل، هذا إذا كان المؤجر جاهلا، اما لو كان عالماً فالمشهور عندنا انه لا شى ء له لأنه بتسليمه مع علمه بالفساد قد سلطه و أسقط حرمه ماله و هذه عند أصحابنا قضيه سياله و قاعده مطرده فيما كل

ما هو من هذا القبيل مثلا- لو سلم البائع المبيع مع علمه بفساد البيع فان كان موجوداً استرده و ان أتلفه المشترى استرد الثمن من البائع و لا يرجع عليه بشی ء لأنه سلطه على إتلاف ماله، و على هذا السبيل نهجوا فی سائر العقود، و هی لعمر الحق طريقه غير مستقيمه، بل عليله سقيمه، فإن البائع هناك و المؤجر هنا ما سلطا المشترى و المستأجر على إتلاف المال مجاناً و انما سلطاه بالعوض و كون الشارع لم يمض تلك المعامله لا يقلب الواقع عما هو عليه من انهما لم يسلطا الا بالعوض.

و «بالجمله» فقاعده احترام مال المسلم و أنه (لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه) تقتضی غرامه المال على من أتلفه إلا مع التسليط المجانی المفقود فی باب المعاوضات بالضروره و ان كانت فاسده فالحق عندنا الضمان بالبدل فی جميع العقود الفاسده حتى لو باع المسلم ماله بالخمر و الخنزير و هكذا ذكروا فی الأجره و ان المستأجر إذا دفعها عالماً بالفساد فان كانت موجوده أخذها و ان كانت تالفه و أتلفها المؤجر فلا رجوع و العامل إذا عمل فی الإجاره الفاسده قالوا: لا يستحق المسمى لفساد الإجاره و لا بدل المثل لانه متبرع، و هذا عندی غريب لان المتبرع هو الذی يقول أو يقصد ان يعمل بلا اجره لا الذی يعمل بقصد الأجره و الشارع يفسدها و احكام الشارع بالصحه و الفساد لا يقلب الموضوعات الخارجيه عما هی عليه، فتدبره و اغتنمه فإنه من نفائس التحقيق، و باللّه التوفيق.

الخامسه-: ان (المجله) لم تتعرض لمسائل الخلاف و النزاع

بين

المستأجر و المؤجر مع أن مسائل الشجار بين المتعاقدين من أهم مباحث العقود سيما فى الإجاره لكثره الوقوع و عموم البلوى و نحن نذكر ذلك على نحو الاختصار، و النزاع فيها يقع على أنحاء.

(الأول) لو تنازعا فى أصل الإجاره قدم قول منكرها بيمينه فان كان قبل استيفاء شى ء من المنفعه أو العمل فلا شى ء و ان كان بعده أو بعد شى ء منه فان كان المنكر المالك كان له اجره المثل و لا يستحق الزائد عليها من المسمى الذى يدعيه مدعى الإجاره و ان وجب عليه باعترافه و حسب اعتقاده ان يوصله الى المالك و لو من حيث لا يعلم، و ان كان المنكر هو المتصرف قدم قوله و وجب عليه ان يدفع بدل المثل للمالك فان زاد على المسمى الذى يدعيه لم يجز له أخذه و لزم على المتصرف ان يوصله إليه بأى نحو كان.

(الثانى) لو اتفقا على ان المتصرف مأذون باستيفاء المنفعه و المالك يدعى الإجاره و الآخر يدعى العاريه و أصاله الاحترام اى عدم البذل و الاذن بلا عوض تقضى بتقديم قول الأول و أصاله براءه ذمه المتصرف تقضى بتقديم قوله فيتحالفان و تثبت بعده اجره المثل على قاعده باب التداعى.

(الثالث) لو تنازعا فى قدر الأجره أو قدر المأجور أو مده الإجاره أو فى أصل الشرط أو فى قدره يقدم قول منكر الزياده و منكر شرط مع يمينه إلا إذا كان الشرط مما يقتضيه عقد الإجاره كالمحافظه على العين من لص أو ذئب و نحوه.

(الرابع) لو تنازعا فی تلف العین و عدمه قدم قول منکر التلف بیمینه علی قاعده المنکر و المدعی، و لکنهم قدموا هنا قول المستأجر إذا ادعی التلف لأنه أمین، و لو تنازعا ان التلف کان عن تعد أو تفریط قدم أیضاً قول منکره مع الیمین أیضاً.

(الخامس) لو تنازعا فی ان المأجور هذه الدار أو تلک أو انه دار أو دکان أو بغل أو فرس و هکذا أو ان حمل المتاع الی (بغداد) أو (البصره) أو ان الخیاطه علی قباء أو قمیص فکل ذلک من باب التداعی یتحالفان و تثبت اجره المثل ان کان بعد العمل و الا فلا شی ء.

نعم لو اختلفت صوره الدعوی کما لو حمل المتاع الی بلد فأنکر المالک ان یکون هو المستأجر علیه فالقول قوله بیمینه أو خاط الخیاط القماش قمیصاً فأنکر الاذن أو الإجاره علی ذلک فالقول أیضاً قوله و یضمن المتصرف کل نقص أو ضرر، اما لو کان قبل العمل فهو من التداعی کما ذکرنا.

(السادس) لو تنازعا فی صحه الإجاره أو فسادها بعد الاتفاق علی وقوع العقد قدم قول مدعی الصحه کما فی سائر العقود.

(السابع) إذا اختلفا فی رد العین المأجوره فمقتضی قضیه ان المستأجر أمین ان یقدم قوله فی الرد کما قدم فی دعوی التلف و کلاهما خلاف الأصل و لکنهم هنا حکموا بتقدیم قول المؤجر عملا بأصاله عدم الرد ای استصحاب بقائها عند المؤجر و لم یعملوا بهذا الأصل فی قضیه التلف مع ان الأمانه فی المقامین ثابته و الأصل فیهما جار و استخراج وجه

الفرق بينهما يحتاج الى مزيد تأمل.

(الثامن) لو اختلفا فى المال المردود فقال المستأجر هذا مالك، و قال المؤجر. ليس هذا مالى، فالقول قوله بيمينه و ان قال بل مالى ذلک الشى ء كان من باب التداعى، و صور النزاع و الخلاف كثيره ربما يتعسر ضبطها على التفصيل و لكن «الضابط» انه كلما كان النزاع بالأقل و الأكثر أو دائر بين النفى و الإثبات فالقول قول منكر الأكثر و قول النافى لا المثبت، و مدعى الأكثر يحتاج إلى إثبات من بينه و غيرها إلا إذا كان أميناً فيقدم قوله بيمينه و كل ما كان النزاع بين متباينين فهو باب التداعى و التحالف.

(التاسع) مقتضى القواعد الأوليه ان من استؤجر على عمل كخياطه أو كتابه أو صوم أو صلاه و بقيه شئون هذه المباحث موكوله الى (كتاب القضاء) كما انه قد بقيت من (كتاب الإجاره) عده مسائل جد مهمه ذكرها فقهاؤنا فى مؤلفاتهم المتوسطه فضلا عن الموسوعات رأينا ان ذكرها يخرج بنا الى البسط الذى ربما لا يكون مرغوباً فى هذه العصور التى توفرت فيها العلوم، و تكثرت الفنون، و ازدحمت الاعمال، حتى ضاق مجال الفكر و الخيال، على سعته عن استيعابها، و لنكتف بهذا المقدار من مباحث الإجاره سائلين الحق جل شأنه أن يوفقنا لتحرير باقى كتب (المجله) بمنه و كرمه.

اللهم عليك توكلنا و إليك أنبنا و إليك المصير.

(و يتلوه كتاب الكفاله إن شاء اللّه)

الكتاب الثالث فى الكفاله

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم و له الحمد

المقدمه (فی الاصطلاحات الفقهیه الدائره بالکفاله)

اشاره

(ماده: ۶۱۲)

الکفاله:

ضم ذمه إلی ذمه، فی مطالبه شی ء یعنی أن یضم أحد ذاته الی ذات آخر و یلتزم أیضاً المطالبه التی لزمت فی حق ذلک.

قد اجتهد نفسه هذا المعرف لیفصح عن المعنی المقصود فلم یستطع و بقیت العباره معقده غیر وافیه بالمراد.

و (تحریر البحث) ان فقهائنا یعبرون عن هذا الکتاب (بکتاب الضمان) و یخصون (کتاب الکفاله) یتعهد النفس، و إحضار الشخص، اما تعهد المال فهو الضمان، و عرفت فی (الجزء الأول) ان الضمان یستعمل فی لسان الشرع أو المتشرعه فی معنیین.

الأول-: غرامه التالف و منه (من أتلف مال غیره فهو له ضامن) و قول الحنفیه (الأجر و الضمان لا یجتمعان).

الثانی-: ضم ذمه إلی ذمه- أی جعل ذمه مشغوله بما اشتغلت به ذمه

أخرى، بحيث يصير لصاحب الحق مطالبه أيهما شاء، و أيهما دفع تبرأ ذمته و ذمه الآخر، هذا عند فقهاء المذاهب.

اما عند الإماميه فهو نقل المال من ذمه إلى أخرى بحيث تبرأ ذمه الأول و تبقى ذمه الآخر هى المشغوله، و قد أوضحنا لك فيما سبق ان الجميع يرجع الى معنى واحد، و أصل حقيقه الضمان هو العهده و التعهد، فغرامه التالف عباره عن دخول البدل فى عهده المتلف و اشتغال ذمته به و هو ضمان العهده و ضم ذمه إلى أخرى أو نقل المال من ذمه إلى ذمه و هو جعل الحق فى عهدته اما معاً على سبيل البدليه كما عند القوم، أو نقلًا و تحويلًا كما عند الإماميه، و كفاله النفس أيضاً ترجع أيضاً الى ضمان العهده يعنى انک تتعهد بإحضار الشخص فى الوقت المعين أو متى شاء صاحب الحق كما فى ماده (۶۱۳) الكفاله بالنفس هى الكفاله بشخص واحد، و ما بعدها من ماده (۶۱۴) إلى ماده (۶۲۰) مكررات واضحات و ماده (۶۱۷) سيأتى تفصيلها فى مادتى (۶۲۳) و (۶۲۴) و (الخلاصه) ان الكفاله أى الضمان نسبه و اضافه تتقوم بأربعه أطراف.

(۱) الكفيل- و هو الضامن المتعهد.

(۲) المكفول- و هو المضمون عنه أو معه.

[۳] المكفول له- و هو صاحب الحق المضمون و يعبر عنه بالمضمون له.

[۴] الحق المضمون- و هو المال أو النفس.

و هى عند أصحابنا عقد يتوقف على الإيجاب من الضامن و القبول

من المضـمون له و هو صاحب الحق، اما المضـمون عنه اى من عليه الحق فقيل: يعتبر قبوله أيضاً فتتقوم بإيجاب و قبولين، و قيل: لا يعتبر، اما عند أصحاب (المجله) فيكفى إيجاب الكفيل كما سيأتى.

الباب الأول فی «عقد الکفاله

اشاره

و یحتوی علی فصلین»

الفصل الأول «فی رکن الکفاله»

(ماده: ۶۲۱) تنعقد الکفاله و تنفذ بإیجاب الکفیل فقط

و لکن ان شاء المکفول له ردها فله ذلک و تبقی الکفاله ما لم یردها المکفول له و بهـذه الصوره لو کفل أحد و طلب المکفول له فی غیابه و مات قبل وصول خبر الکفاله الیه و یطلب الکفیل بکفالته هذه و یؤاخذ بها.

ذهب جماعه من متأخری فقهائنا إلی کفایه الإیجاب و عدم لزوم القبول العقدی من المضمون له ای المکفول له بل یکفی رضاه سابقاً أولا حقاً أو مقارناً و حینئذ فلا یلزم فیه ما یلزم فی سائر العقود اللازمه من صیغه خاصه و توالی الإیجاب و القبول و غیر ذلک و هذا هو المعنی المعقول و لعله هو مراد أرباب (المجله) و ان کانت العباره قاصره عنه فان رضا صاحب الحق أی المکفول له لا بد منه و لا یکفی عدم رده

و لاـ يلزم الكفيـل بها مع عـدم إحراز رضا المكفول له فلو مات قبل العلم برضاه فالكفيل غير مشـغول الـذمّه و قولهم: ان الكفيل يطالب بكفالته و يؤاخـذ بها غير سديد كما هو واضح بأقل تأمل، بل قد يكون فى بعض الظروف و الاعتبارات رضا المكفول اى المضـمون عنه معتبراً أيضاً كما لو كان من ذوى الشأن و يكون عليه حزازه فى ضـمان هذا الضامن الذى هو أحط منه درجه عند الناس فلا ينتقل الحق من ذمته الا برضاه.

[ماده: ۶۲۲] إيجاب الكفيل يعنى ألفاظ الكفاله هى الكلمات التى تدل على التعهد و الالتزام فى العرف و العاده

مثلا لو قال كفلت أو انا كفيل أو ضامن الكفاله،،، عقد الضمان أو الكفاله له صيغ خاصه عليه صراحه و بالمطابقه و هى- كفلت و ضـمنت، و انا متعهد و انا ضامن- و له صـيغ تدل عليه بالالتزام كقوله: حقك على فلان هو على و أنا مشـغول لك به، و أشباه هـذا، و الجميع كاف على حـد سائر العقود اللازمه عنـدهم و ان كان الأحوط بل الأقوى لزوم الاقتصار على الصـيغ الصـريحه أو القريبه منها.

اما المجازات البعيده و اسـتعمال ألفاظ عقد فى آخر كما لو اسـتعمل لفظ الحواله و أراد منه الكفاله بقرينه أم بغير قرينه فالأصح عدم انعقاد تلك المعاملات الخاصه بها و عدم تحقق تلك الحقائق باستعمالها.

(ماده: ۶۲۳) تكون الكفاله بالوعد المطلق أيضاً

انظر ماده (۸۴) مثلا لو قال: ان لم يعطك فلان طلبك فانا أعطيك تكون كفاله فلو

لم يعطه يطالب الكفيل.

ذكرنا فى تلك الماده ان المواعيد عندنا غير لازمه، نعم يستحب الوفاء بالوعد استحباباً شرعياً و يجب الوفاء به وجوباً اخلاقياً، فقوله:

ان لم يعطك فلان فانا أعطيك، و عدلا التزام و لا عقد لازم و ليس بكفاله و لا ضمان انما الضمان ان يقول: انا ملتزم أو متعهد أو ضامن و ما الى ذلك من الألفاظ الصريحه بالعهده و إشغال الذمه.

هذا فساد من هذه الناحيه و فساد من ناحيه أخرى و هى ان العقود اللازمه بل مطلقاً عند الفقهاء لا تحتمل التعليق سيما الضمان فلا يصح ان يقول: انا ضامن ان رضى أبى، و انا ضامن ان لم يعطك المديون، بل يشترطون فى الضمان التنجيز كما سيأتى، و استدلوا له بالإجماع تاره- و تحققه غير معلوم- و بمنافاه العقد للتعليق أخرى لأن أثر العقد يلزم ان يكون متصلا به غير منفك عنه، و فيه ان الأثر الخاص- اعنى الالتزام أو التعهد- فى ذلك التقدير أيضاً متصل بالعقد غير منفك عنه فكما يجوز التوقيت فى الضمان كقوله: انا ضامن بعد شهر أو بعد سنه يلزم جواز انا ضامن ان قبل أبى أو ان لم يعطك غريمك فيكون نظير ضمان العهده فى الأعيان فإنه ضمان فى الحقيقه ضمان معلق على التلف كما مرت الإشاره إليه فى قاعده اليد فتدبره.

و الى الضمان الموقت أشارت ماده (۶۲۴) لو قال: انا كفيل من اليوم الى الوقت الفلانى تنعقد منجزه حال كونها كفاله موقته، و ماده (۶۲۵) كما تنعقد الكفاله مطلقه تنعقد بقيد التعجيل و التأجيل يعنى

مقیده بالحال أو بالوقت الفلانی- کل ذلک لإطلاق أدلتها المقتضی لجوازه کما یقتضی جواز تعدد الکفلاء عرضیین کما لو کفل شخصاً واحداً جماعه، و طولیین کما لو کفل الکفیل کفیل و هکذا و یکون حال أولئک و هؤلاء حال الواجب الکفائی ان ادی واحد سقط عن الجمیع و الا فالجمیع ذممهم مشغوله علی نحو البدلیه و کما فی تعاقب الأیدی علی العین الواحده کما حقق فی محله و الیه أشار بماده (۶۲۶) یصح ان یکون للکفیل کفیل و ماده (۶۲۷) یجوز تعدد الکفلاء.

الفصل الثانی فی (بیان شرائط الکفاله)

(ماده: ۶۲۸) یشترط فی انعقاد الکفاله کون الکفیل عاقلا و بالغاً

بناء علیه لا تصح کفاله المجنون و المعتوه و الصبی، و لو کفل حال صبوته و أقربها بعد البلوغ لم یؤاخذ بها.

العقل و البلوغ- بل و الرشد- عندنا من الشرائط العامه التی لا یصح عقد الا باجتماعها، و اما أرباب (المجله) فقد اکتفوا- فی صحه البیع و الإجاره و هما من أقوی العقود اللازمه و أکثرها تداولا- بالعقل و التمییز فقط ای لم یعتبروا البلوغ فاعتباره هنا و عدم اعتباره هناک لا یخلو من

غرابه و على كل فيشترط فى صحه الكفاله أى الضمان.

۱-: الإيجاب و القبول.

۲-: صدورهما من عاقل بالغ.

۳-: كونه مختاراً فلا اثر لضمان المكره.

۴-: غير محجور عليه لسفه، اما الحجر عليه لفلس فلا يمنع، لأن الحجر فى الفلس يتعلق بمنعه من التصرف فى أعيان أمواله لا فى ذمته فهو كما لو اقترض على ذمته، و كذا يشترط عدم كون المضـمون له مفلساً أو سـفيهاً اما المضمون فلا يشترط فيه شى ء من ذلك.

۵-: ان لا يكون مملوكـاً غير مـأذون من مولاه، و عن بعض فقهائنا جواز ضـمانه مطلقاً كجواز دينه و يتسع به بعـد العتق، و نفى القـدره عنه فى قوله تعالى (عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْ ءٍ) منصـرف إلى الأعمال المنافيه لحق المولى و ليس هذا القول و ان كان المشـهور على خلافه ببعيد، و لو اذن له المولى و عين فى ماله أو مال عبده- ان قلنا بأنه يملك أو فى ذمته تعين، و ان أطلق ففى كونه على المولى أو على ذمه العبـد يتبع به بعـد العتق أو فى كسـبه فعلا وجوه أوجهها الأول لأن الاذن فى الشـى ء اذن فى لوازمه بعد ان كان العبد لا مال له أصـلا أو محجور عليه فهو كما لو اذن له بالتزويج حيث ان المهر و النفقه على المولى و ان لم يقيد و كما لو اذن له فى الاستدانه لنفقته و دعوى الفرق ممنوعه.

۶-: التنجيز عند المشهور فلو علق الضمان على شرط بطل عندهم

اما لو علقه علی وصف ای علی أمر محقق الوقوع کالتوقیت صح، و قد عرفت التحقیق قریباً.

۷-: کون المضمون حقاً ثابتاً فی ذمه المضمون عنه سواء کان مستقراً کالفرض و العوضین فی البیع المنجز، أو متزلزلا کأحد العوضین فی البیع الخیاری و کالمهر قبل الدخول فلو قال: أقرض فلاناً و انا ضامن أو بعه نسیئه بضمانی لم یصح عند المشهور بل ادعی الإجماع عندنا علی بطلان قوله: مهما أقرضت فلاناً فهو فی ضمانی مع انهم اتفقوا ظاهراً علی الصحه فیما لو قال عند خوف غرق السفینه: ألق متاعک فی البحر و علی ضمانه، و ذهب جماعه إلی صحه ضمان مال الجعاله قبل العمل مع انه حق غیر ثابت فالأقوی کفایه مقتضی الثبوت و علیه فیصح ضمان النفقه المستقبله للزوجه لأن نفس الزوجیه تقتضی ثبوتها و ان لم یثبت فعلا بل یمکن القول بما هو أوسع و هو ضمان الأعیان و عدم قصره علی الحق الثابت فی الذمه فیصح ضمان العین المغصوبه و المقبوض بالسوم و بالعقد الفاسد و ضمان درک الثمن لو ظهر المبیع مستحقاً و درک المبیع لو ظهر الثمن مستحقاً و کل هذا من ضمان العهده المستفاد من قاعده الید فیتلاقی الضمانان- ضمان العقد و ضمان الید- فی أصل واحد و فسیله فارده.

۸-: ان لا یکون الضامن مشغول الذمه للمضمون عنه بمثل المال المضمون فإنهم ذکروا: ان التعهد اما بمال أو بنفس و الثانی هو الکفاله و الأول- اما من برئ- و هو الضمان- و اما من مشغول الذمه و هو الحواله.

و یمکن الخدشه فیه بان ملاک الفرق بین الضمان و الحواله لیس هو البراءه.

و الاشتغال بل ان المتعهد ان ابتدأ بالتعهد و لو بإذن المتعهد عنه فهو ضمان سواء كان مشغولا أو بريئاً و ان كان بتوجيه المتعهد عنه ماله من الحق إلى غيره فهو الحواله.

و «الحاصل» ان الضمان و الحواله معنيان متباينان بحسب الجوهر و ان اشتركا فی بعض اللوازم فالضمان تعهد أعم من ان يكون بطلب أو ابتداء و ان كان الغالب الثانی، و الحواله توجيه و تسليط على ذمه الغير فذاك تعهد ذمه لأخرى و هذه تسليط ذمه على ذمه فتدبره فإنه لا يخلو من دقه، و حينئذ فلو ضمن مشغول الذمه فإن كان بإذن المضمون عنه و بمثل ماله من الحق حصل التهاتر القهری و الا فالحق باق فی ذمته كما فی الضمان التبرعی.

۹-: ان لا يكون فی المضمون له و الحق المضمون و المضمون عنه ترديد عند الضامن و إبهام فلا يصح ان يضمن أحد الدينين و لو لشخص واحد أو على واحد و لا- أحد الشخصين و لو عن دين واحد و لكن لا- يلزم معرفه الدين و مقداره و لا معرفه المضمون له أو المضمون عنه بشخصه بل يكفی المعرفه الإجماليه و الإشاره إلى واقعه على ما هو عليه و ان لم يعلمه الضامن تفصيلا فيصح لو قال: ضمنت ما عليك من دين و ان لم يعلم قدره و لا من له الدين كما يجوز ان يقول ضمنت مالك على الناس من ديون أو كل من له دين على زيد فانا ضامن له و هكذا و اليه أشارت (المجله) فی ماده (۶۳۰) ان كان المكفول به نفساً يشترط ان يكون معلوماً و ان كان مالا لا يشترط ان يكون معلوماً بناء عليه

لو قال: انا کفیل عن دین فلان الذی هو علی فلان تصح الکفاله و ان لم یکن مقداره معلوماً، بل قد عرفت صحه ما هو أوسع من هذا فی الجهاله.

و «الضابطه» للصحه ان یقصد شیئاً له واقع یشیر الیه و لو إجمالاـ بخلاف ما لو لم یکن له واقع معین کأحد الدینین أو أحد الشخصین فان واقعه الترديد لا التعیین.

و الی الشرط السابع أشارت (المجله) بماده (۶۳۱) یشترط فی الکفاله بالمال ان یکون المال المکفول به مضموناً علی الأصیل یعنی ان إیفائه یلزم الأصیل بناء علیه تصح الکفاله بثمن المبیع و بدل الإجاره و سائر الدیون الصحیحه کذلک تصح الکفاله بالمال المغصوب،،، یتضح لک من تحریرنا القریب ضعف هذا البیان الذی لم یمیز فیه بین ضمان الذمم و الأعیان فإن ثمن المبیع تاره یکون کلیاً و هو المورد المتفق علی صحه ضمانه و اخری یکون شخصیاً و هو مما لا معنی لضمانه عند المشهور من الفریقین إذ لاـ وجه عندهم لضمان العین الموجوده فی الخارج و لکننا قد خرجنا لضمانها وجهاً علی نحو ضمان الید فی المغصوب و نحوه الذی یتضمن نوعاً من التعلیق محصله وجوب رد العین مع وجودها، و رد بدلها مع فقدها.

و قد أشارت (المجله) هنا الی ضمان الدین صریحاً و ضمان العین بذکر المغصوب و بقی بدل الإجاره و ثمن المبیع صالحاً للأمرین و وافقت المشهور عندنا فی لزوم کون المضمون حقاً ثابتاً فعلیاً و لا یکفی

الاقتضاء و الاستعداد.

و يتحصل منها ان ضابطه ما يصح ضمانه- الدين الثابت فى الذمه أو العين المضمونه ضمان يد أو ضمان معاوضه فتخرج الأمانات لأنها غير مضمونه أصلا كالعاريه و الرهن فضلا عن الوديعه و الإجاره، و كذلك يخرج المبيع قبل القبض فإنه فى ضمان البائع فلا دين و لا يد.

نعم يصح ضمانه بمعنى أوسع و هو التعهد بتسليمه و لو أتلف الأمين الامانه و اشتغلت ذمته ببدلها صح الضمان لانه دين، و بهذا يتضح بقيه ما فى هذه الماده من الأمثله حيث تقول: و كذلك تصح الكفاله بالمال المقبوض على طريق سوم الشراء ان كان قد سمى ثمنه- و هذا من قبيل ضمان العين- و لكن لا تصح الكفاله بعين المبيع قبل القبض لانه لو تلف عين المبيع فى يد البائع ينفسخ البيع و لا- يكون مضموناً على البائع الا- انه يلزم عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه، و كذلك لا تصح الكفاله بعين المال المرهون و المستعار و سائر الأمانات لكونها غير مضمونه على الأصيل و لكن بعد إضاعه المكفول عن هؤلاء و استهلاكها لو قال: أنا كفيل، تصح الكفاله و أيضاً تصح الكفاله بتسليم هؤلاء و بتسليم المبيع و عند المطالبه لو لم يكن للكفيل حق حبسها من جهه يكون مجبوراً على تسليمها الا- انه كما ان فى الكفاله بالنفس يبرأ الكفيل بوفاء المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شى ء.

(ماده: ۶۳۲) لا تجرى النيابه فى العقوبات

بناء عليه لا تصح الكفاله بالقصاص و سائر العقوبات و المجازات الشخصيه و لكن تصح الكفاله

بالأرش و الديه الذين يلزمان الجارح و القاتل.

يعنى ان مورد الكفاله اما مال أو نفس اما القصاص و الحدود فهى حقوق إلهيه و احكام شرعيه و لا معنى لضمانها، نعم يتصور فيها ضمان الشخص و تسليمه لا قامه الحد عليه أو القصاص فيكون من ضمان النفس و لا مانع منه و ان لم يصرحوا به، و لكن تصح الكفاله بالأرش قطعاً و الديه لا اللذين يلزمان القاتل و الجارح لأنهما مال و الذمه مشغوله به و ان كان سببه الجنايه.

(ماده: ۶۳۳) لا يشترط يسار المكفول عنه و تصح الكفاله عن المفلس أيضاً.

هذا مما لا كلام فيه و لا حاجه الى بيانه انما الكلام فى اعتبار يسار الكفيل- اى الضامن- و لكن مع رضا المضمون له يسقط هذا البحث و لكن لو كان معسراً أو مفلساً و رضى المضمون له به لعدم علمه بفقره و فلسه لا يبعد بل المتعين، ان يكون له الخيار.

(الباب الثانی) فی (بیان أحكام الكفاله

اشاره

و یحتوی علی) (ثلاثه فصول)

الفصل الأول فی (بیان حكم الكفاله المنجزه و المعلقه و المضافه)

(ماده: ۶۳۴) حكم الكفاله هو المطالبه یعنی للمكفول له حق مطالبه لمكفول به من الكفیل،

علی البدل كما هو عند فقهاء المذاهب، و علی التعیین عند الإمامیه لأن حكم الضـمان الصـحیح أی الكفاله برأیه المضـمون عنه من الحق و اشتغال ذمه الضامن به.

(ماده: ۶۳۵) یطالب الكفیل فی الكفاله المنجزه حالا ان كان الدین معجلا فی حق الأصیل و عند ختام المده المعینه ان كان مؤجلا

مثلا-:

لو قال: أحد انا كفیل عن دین فلان فللدائن ان یطالب الكفیل فی الحال

ان كان معجلا و عند ختام مدته ان كان مؤجلا.

و هـذا- أى مطـابقه الضـمان الـدين- واضـح غنى عن البيـان و انما الحرى بالـذكر جواز المخالفه فيجوز ضـمان المؤجل حالا و ضمان الحال مؤجلا بـذلك الأجل أو انقص أو أزيد كل ذلك لإطلاق أدله الضـمان فلا وجه لما يحكى عن بعضـهم من اعتبار الأجل فى الضمان كالسلم و عدم صحته حالا، و لا لقول آخر من انه لا يصح ضمان المؤجل لأنه من ضمان ما لم يجب.

(ماده: ۶۳۶) اما فى الكفاله التى انعقدت مضافه الى زمان مستقبل أو معلقه بشرط فلا يطالب الكفيل

ما لم يحل الزمان أو يتحقق الشـرط مثلا لو قال. ان لم يعطك فان طلبك فانا كفيل بأدائه، تنعقد الكفاله مشروطه و عند المطالبه ان لم يعطه ذلك الرجل دينه يطالب الكفيل و الا لا يطالب الكفيل قبل المطالبه من الأصيل كذا لو قال: ان سرق فلان مالك فانا ضامن، تصـح الكفاله و ان ثبتت سـرقه ذلك الرجل يطالب الكفيل، و كـذا لو كفل بشـرط ان يمهل كـذا أياماً اعتباراً من الوقت الـذى يطالب المكفول له و أمهل من وقت المطالبه مقـدار تلك الأيام فلمكفول له ان يطالب الكفيل بعـد مرور الأيام المذكوره أى وقت شاء، و كـذا لو قال: انا كفيل بطلبك الـذى يثبت فى ذمه فلان أو بالمبلغ الذى سـتقرضه فلانا أو بالشـى ء الذى يغصـبه فلان و بثمن المال الـذى سـتبيعه لفلان فلا يطالب الكفيل الا بعد تحقق هذه الأحوال يعنى لا يطالب الكفيل الا بعد ثبوت الطلب و الافراض و تحقق الغصب و وقوع البيع و التسليم، و كذا لو قال: انا كفيل بإحضار فلان فى

اليوم الفلانى لا يطالب الكفيل بإحضار المكفول به قبل حلول ذلك اليوم.

أكثر هـذه الأمثله المـذكوره فى هذه الماده هى من باب ضـمان ما لم يجب و المشـهور عند فقهائنا بطلانها جميعاً و التحقيق فيها التفصـيل فمثـل قوله: ان لم يعطـك طلبـك فانـا ضـامن، صـحيح، و مثل قوله: ان سـرق فلان مالك فانا ضامن. أو بالمبلغ الـذى ستقرضه فلاناً أو بالشيئ الذى يغصبه فلان و بثمن المال الذى ستبيعه لفلان- كلها باطله و لا اثر لها حتى بعد القبض و الغصب و البيع و السـرقه فان لم يكن ثابتاً وقت الضـمان لا حقيقه و فعلا و لا اقتضاء و قوه بخلاف الضـمان بعد البيع و الضـمان على فرض عـدم الـدفع أو ضـمان درك الثمن على فرض ظهور اسـتحقاق المبيع و أمثالهـا ممـا يكون الحق بين مـا هو ثـابت فعلاـ اى حين الضمان و بين ما هو ثابت بالقوه لتحقق مقتضيه و هو البيع المقتضى لضمان الدرك.

[ماده: ۶۳۷] يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف و القيد أيضاً

مثلا- لو قال كلما حكم على فلان فانا كفيل بأدائه و أقر ذلك بكذا دراهم لا يلزم أداء الكفيل ذلك ما لم يلحقه حكم الحاكم.

(ماده: ۶۳۸) فى الكفاله بالدرك لو ظهر للمبيع مستحق لا يؤخذ الكفيل

ما لم يحكم بعد المحاكمه على البائع برد الثمن.

(ماده: ۶۳۹) لا يطالب الكفيل فى الكفاله الموقته إلا فى ظرف مده الكفاله

مثلا- لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل إلا فى ظرف هذا الشهر و بعد مروره يبرأ من الكفاله.

هذا الحکم انما یتم بناء علی ان الضمان ضم ذمه إلی ذمه اما بناء علی انه نقل المال من ذمه إلی أخری بحیث تبرأ الذمه الاولی بمجرد تحقق الضمان فلا یتم بل لا یتحصل له معنی کما هو واضح.

نعم یتصور التوقیت علی الطریقه الثانیه بمعنی استحقاق المطالبه و تنجز الحق لا بمعنی انه بعد مرور المده یبرء من الکفاله و ان لم یدفع فتدبره.

(ماده: ۶۴۰) لیس للکفیل ان یخرج من الکفاله بعد انعقادها

و لکن له ذلک قبل ترتب الدین فی ذمه المدیون فی الکفاله المعلقه و المضافه مثلا- کما انه لیس لمن کفل أحداً عن دینه منجزاً ان یخرج من الکفاله کذلک لو قال: کلما یثبت لک دین فی ذمه فلان فانا کفیله.

ترید هذه الماده بیان حال ان عقد الکفاله من حیث الجواز و اللزوم و ان هل للکفیل الخروج و التخلی بعد انعقادها، و تحریر هذه الناحیه ان عقد الضمان من العقود اللازمه من طرف الضامن و المضمون عنه سواء کان بإذنه أو لا.

نعم قد عرفت قریباً ان المضمون له إذا کان غیر عالم بإعسار الضامن حین الضمان کان له الفسخ کما انه لو اشترط الضامن أو المضمون له أو هما معاً الخیار صح علی نحو لا یوجب الغرر و الجهاله لعموم أدله الشروط و المدار علی الیسار الإعسار حال عقد الضمان فلو کان معسراً فی ذلک الحال ثم أیسر لم یسقط الخیار و لو انعکس الأمر لم یکن له خیار.

هذا بعد تحقق الدين و صحه الضمان، اما المذكور فى المتن من الكفاله المعلقه التى هى قبل ترتب الدين فهى باطله عندنا كما عرفت قريباً، و على تقدير صحتها فيلزم الاطراد فى منجزها و معلقها و مضافها و الحكم فى اللزوم فى بعض و الجواز فى آخر تحكم لا وجه له سوى الاستحسان.

و أى فرق فى قوله: كلما يثبت لك دين فى ذمه فلان فانا كفيله بين ان يكون الدين ثابتاً فلا رجوع أو يثبت مؤخرا فيجوز الرجوع فليتدبر.

(ماده: ۶۴۱) من كان كفيلا برد المال المغصوب أو المستعار

و تسليمهما لو سلمهما الى صاحبهما يرجع بأجره نقليتهما على الغاصب و المستعير.

هذا فى صوره الإطلاق اما مع التقييد و الانصراف فلا.

الفصل الثانى فى (بيان حكم الكفاله بالنفس)

(ماده: ۶۴۲) حكم الكفاله بالنفس هو عباره عن إحضار المكفول به أى لأى وقت كان قد شرط تسليم المكفول به يلزم إحضاره

على الكفيل بطلب المكفول له ذلك الوقت فإن أحضره فيها و الا يجبر على إحضاره.

هـذه العبـاره كما ترى على طولها مختله التركيب متفككه كعباره تركيه أو هنـديه و حق البيان ان يقال: ان الكفاله بالنفس عباره عن التعهـد و الالـتزام بإحضـار إنسـان فى وقت معين أو عنـد طلبه من إنسـان أخر و يحصـل بالإيجـاب من الكفيـل و القبول من المكفول له و يشترط فيه ما يشترط فى غيره من صدورهما من بالغين رشيدين مختارين غير سفيهين و فى الفلس وجهان يظهران بالتأمل و يعتبر رضا الكفيل و المكفول له قطعاً بل و رضا المكفول على الأحوط بل الأقوى و إذا تم هـذا العقد كان أثره وجوب إحضـار الكفيـل المكفول فى الوقت المعين أو ما عليه من الحق ان أمكن فى المكان المعين أو فى بلـد الكفاله مع الإطلاق و لو امتنع أجبره الحاكم و لو سلم المكفول نفسه أو مات أو أبرئه المكفول له سقطت الكفاله.

هذا موجز ما ينبغى ان يقال فى عقد الكفاله و هنا تفاصيل و بحوث لا يتسع لها المجال.

الفصل الثالث فی (بیان أحكام الكفاله بالمال)

(ماده: ۶۴۳) الكفیل ضامن.

یعنی انه متعهد بدفع المال اما مطلقاً كما هو عندنا أو علی البدل كما هو عندهم.

(ماده: ۶۴۴) الطالب مخیر فی مطالبته

ان شاء طالب الأصیل و ان شاء طالب الكفیل و مطالبته من أحدهما لا یسقط حق مطالبته من الأخر و بعد مطالبته من أحدهما له ان یطالب الآخر و منهما معاً.

فیها من سوء البیان و التكرار الواهن ما یمجه الذوق العربی، و هذا من لوازم الكفاله بالمعنی المعروف عند القوم من كونها عباره عن ضم ذمه إلی اخری، اما بالمعنی الذی عندنا فلا مجال لهذا القول و لا حق له الا بمطالبه الكفیل إما الأصیل فقد برء تماماً، و قوله و منهما معاً- ای علی ان یدفع له أحدهما لا ان یدفعا معاً كما هو واضح.

(ماده: ۶۴۵) لو كفل أحد المبالغ التی لزمت ذمه الكفیل بالمال حسب كفالته

فللدائن ان یطالب من شاء منهما هذا أیضاً من لوازم صحه ترامی الكفاله فلو كفل الكفیل كفیل

آخر كـان للمكفول له مطالبه من شاء منهما و هـذا واضـح بعد البناء على انها ذمم ينضم بعضـها الى بعض و اللاحق لا يسـقط السـابق، و عليه يتفرع أيضاً ماده (۶۴۶) المـديونون من جهه الاشتراك لو كـان كـل واحـد منهم كفيلا للآخر يطالب كل منهم بمجموع الدين،،، اى للمكفول له مطالبه كل واحد بمجموع الدين فان كل واحد بكفالته قد صير الدين كله فى ذمته.

(ماده: ۶۴۷) لو كان لدين كفلاء متعدده

فإن كان كل منهم قـد كفل على حـده يطالب كل منهم بمجموع الدين و ان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصـته من الـدين و لكن لو كـان قـد كفـل كل منهم المبلغ الـذى لزم فى ذمه الآخر فعلى هـذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الـدين مثلاـ- لو كفـل أحـد آخر بـألف ثم كفل ذلك المبلغ غيره أيضاً فللـدائن ان يطالب من شاء منهما، و اما لو كفلا معاً يطالب كل منهمـا بنصف المبلغ المـذكور الاـ ان يكون كـل منهما قـد كفل المبلغ الـذى لزم ذمه الآخر فعلى ذلك الحال يطالب كل منهما بالألف.

هـذه الماده أيضاً مختله البيان مع التطويل و التكرير المخل، و تحرير هـذا البحث ان تعـدد الكفلاء اما ان يكون على نحو العموم الأفرادى البـدلى نحو جئنى بأى رجل كان، أو على نحو العموم المجموعى نحو وزع هذه المائه على هؤلاء العشـره، أو على نحو العموم الترتيبى مثـل خصال الكفاره المرتبه، و على النحو الأول يتجه ما ذكرته (المجله) بقولها: فان كان كل منهم قـد كفل على حده يطالب اى المكفول

له كلاـ منهم بمجموع الـدين يعنى على سبيـل البـدل، و على النحو الثانى ينطبق قولها: و ان كانوا قـد كفلوا معاً يطالب كلا منهم بمقدار حصته من الدين اى يتوزع الدين عليهم بالحصص.

و الى هنـا كمـل بيـان القسـمين و مـا بقى فى هـذه المـاده تكرار و اعـاده لهما مع تطويل ممل و بلا فائـده كما هو واضـح بأدنى مراجعه، و بقى القسم الثالث لم تشـر إليه أصـلا و هو العموم الترتيبى و هو ما لو قال كل واحـد منهم: انا كفيل لفلان ان لم يدفع هو، أو ان لم يـدفع كفيله الى الوقت الفلانـى و هكـذا و هـذا هو الضـمان المتسـلسل المترتب و قـد يـدور حتى يرجع الى الأول فتدبر.

(ماده: ۶۴۸) لو اشترط فى الكفاله برأيه الأصيل تنقلب إلى الحواله.

يعنى يشترط الضامن فى الضـمان على المضـمون له ان يبرء ذمه المضـمون عنه الأصـيل تبرأ و تنقلب الكفاله حواله لأنها تحويل المال من ذمه إلى ذمه و هـذا على مذهب الجماعه واضح و أما على مذهب الأصـحاب فهذا الشـرط تأكيد لا تأسـيس لان طبيعه الكفاله- أى الضـمان تقتضـى ذلك بذاتها و لو لم يشترط، و لا تنقلب إلى الحواله لأن الحواله عند المشهور لدى فقهائنا تحويل المـال من ذمه مشـغوله إلى ذمه أخرى بخلاـف الضـمان فإنه تحويل إلى ذمه فارغه، و قـد مرت الإشاره إلى انتقاد هـذا الرأى و سيأتى أيضاً تحقيقه فى الحواله ان شاء اللّه.

و مما ذكرنا تتضح وجهه البحث فى ماده (۶۴۹) الحواله بشرط

عـدم برأيه المحيـل كفـاله بناء عليه إلـخ .. فإنه يصـح عنـدهم و يكون كفاله اى ضـماناً و لا يصـح عنـدنا لان لازم الحواله برأيه المحيل و لازم الضمان ان يكون الضامن غير مديون.

(ماده: ۶۵۰) لو كفل أحد دين أحد على ان يؤديه من المال المودع عنده يجوز

و يجبر الكفيـل على أدائه من ذلـك المـال و لو تلف المال لا يلزم الكفيل شـى ء و لكن لو رد ذلك المودع بعـد الكفاله يكون ضامناً.

تطبيق هـذا الفرع على القواعـد المحكمه، و العقود المقرره المعروفه مشـكل و بـاب الضـمان و أخواته من الكفـاله و الحواله هو تعهـد الـذمم على نحو الكلى لاـ التعهـد فى المال المعين الخارجى و يشـبه ان يكون توكيلا من المودع للودعى ان بقى دينه من وديعته التى عنده فلو تلفت الوديعه فالدين باق و الكفيل - اى الوكيل - لا شى ء عليه طبعاً الا مع التعدى أو التفريط.

(ماده: ۶۵۱) لو كفل أحد آخر عن نفسه على ان يحضره فى الوقت الفلانى

و ان لم يحضـره فى الوقت المـذكور فعليه أداء دينه فـإذا لم يحضـره فى الوقت المعين المـذكور يلزمه أداء ذلـك الـدين، و إذا توفى الوكيل فان سـلمت الورثه المكفول به الى الوقت المعين أو المكفول به ان سلم نفسه من جهه الكفاله لا يترتب على طرف الكفيل شى ء من المال و ان لم يسلم الورثه المكفول به أو هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركه الكفيل و لو حضر الكفيل المكفول به و اختفى المكفول له أو تغيب فليراجع الكفيل الحاكم لينصب وكيلا عوضاً عنه و يستلمه.

تضمنت هذه الماده عده أحكام.

۱-: انه لو كفل ان يحضر نفساً فان لم يحضره فى الوقت المعين دفع ما عليه من الحق و هذا مما لا اشكال فيه عند جمهره فقهاء الإسلام بل لعله من مقتضيات عقد الكفاله و ان لم يشترطه كما سبق، و لكن مع كل هذا الوضوح قد حاول التشكيك فيه البعض بان ذلك ليس من مقتضيات عقد الكفاله بالنفس فلو لم يرض المكفول له الا بإحضار النفس طبقاً لصريح نصها كان له ذلك و لا سبيل إلى إلزامه بقبول المال عن النفس سيما لو كان له غرض بحضور ذات الشخص أو لم يكن هناك حق ثابت بل يريد حضوره للمرافعه معه أو التفاهم أو غير ذلك من من الأغراض الخاصه، و كل ما يقال فى هذا المجال و ان أمكن دفعه و الجواب عنه و لكن الإنصاف ان مثل هذه الحوادث الشخصيه و الخصومات الخصوصيه لا يمكن إعطاء الحكم الكلى لها بل الأسد و الأصوب إرجاعها إلى الحاكم لينظر فى خصوصياتها المقاميه و يحكم بما يقتضيه العدل و الاستنباط النظرى من القواعد الشرعيه المنطبقه على المورد الخاص فتدبره تجده ألمع من نجمه الصباح فى أفق التحقيق.

۲-: إذا توفى الكفيل فان سلمت الورثه المكفول به الى الوقت المعين أو المكفول به ان سلم نفسه من جهه الكفاله لا يترتب على الكفيل شی ء من المال و ان لم يسلم الورثه المكفول به إلخ .. و هذه الجمل تشتمل على أمرين.

الأول-: ان الكفاله حق على الكفيل للمكفول له ينتقل بعد موته فيكون على وارثه فللمكفول له ان يطالبهم بإحضاره.

الثانی-: انهم إذا لم یحضروه أو لم یسلم هو نفسه وجب علی الورثه دفع المال من ترکه مورثهم الکفیل و فی کلا الأمرین مجال للبحث و النظر یرتکز علی ان هـذا الحق أو لا- لیس بحق مـالی حتی یتعلق بـالوارث له أو علیه و ثانیاً لو سـلم کونه حقا مالیاً فهو حق خـاص متعلق بـذات الکفیـل کحق القـذف و حق القصاص و أمثالها و ملاک القضـیه هنا انه ثبت بالـدلیل العام ان کل حق مالی للمیت فهو ینتقل بموته الی وارثه و لم یثبت بوجه العموم ان کل حق علیه یکون بموته علی وارثه و الأصل عدم الانتقال الا ما قام علیه الدلیل فی کل مورد بخصوصه.

۳-: و لو احضـر الکفیـل المکفول به و اختفی المکفول له أو تغیب فلیراجع الکفیـل الحاکم لینصب وکیلا عوضاً عنه و یسـتلمه، لاـن مثـل هـذه الأـمور العـامه مرجعهـا الی الحـاکم العـام- و المراد بالأمور العامه ما یبتلی أحیاناً به عامه الناس و لیس لها مرجع خاص یقوم بحل عقدتها فکان من الحکمه و حفظ النظام جعل مرجع لتمشیتها و هو الحاکم.

نعم یمکن ان یقـال هنـا انه لاـ یلزم الرجوع الی الحـاکم بل یشـهد الکفیل شاهـدین عـدلین علی انه أحضـره فی الوقت المعین و یسقط بذلک حق المکفول له المتغیب فلیتدبر.

(ماده: ۶۵۲) إذا کان الدین معجلا علی الأصیل فی الکفاله المطلقه

ففی حق الکفیـل أیضاً یثبت معجلا و ان کان مؤجلا یثبت مؤجلا. و مثلها ماده (۶۵۳) و قد رجع بهما إلی أحکام کفاله المال و لا شک ان ضمان الدین مع

الإطلاق ينطبق على وصف الدين من سائر جهاته و خصوصياته فان كان معجلا وجب على الضامن دفعه كذلك، و ان كان مؤجلا- بقى على الضامن بهذا الوصف، نعم يصح ضمان المؤجل حالا و الحال مؤجلا حسب الشرط كما يصح فى المؤجل تأجيله إلى أجل آخر. كما فى ماده (۶۵۴) كما تصح الكفاله مؤجله بالمده المعلومه التى أجل بها الدين كذلك تصح مؤجله بأزيد من تلك المده.

[ماده: ۶۵۵] لو أجل الدائن طلبه فى حق الأصيل يكون مؤجلا فى حق الكفيل و كفيل الكفيل أيضاً

و التأجيل فى حق الكفيل الأول تأجيل فى حق الكفيل الثانى أيضاً و اما تأجيله فى حق الكفيل فليس بتأجيل حق الأصيل.

و ذلك واضح لأن الأصيل هو الأصل و الكفيل تابع و التابع فرع و الفرع يتبع الأصل و الأصل لا يتبع الفرع و لذا لا يتم هذا الا على معنى الضمان بمعنى الضم، اما بناء على معنى النقل و التحويل فلا يأتى شى ء من ذلك ضروره أن الفرع قد انقلب أصلا و لم يبق له بعد براءه ذمته أى علاقه له مع غريمه فلا معنى لتأجيله و عدمه فى حق الكفيل و لا كفيل الكفيل.

نعم يبقى الكلام فى ان تأجيل الدين فى حق الكفيل على الرأى الأول كيف يتصور مع عدم سرايته إلى الأصيل مع ان الدين واحد؟ و توجيه ذلك يمكن ان يكون بتصوير ان ذمه الأصيل هى المشغوله بالدين حقيقه و ليس على الكفيل الا حق المطالبه فإذا تأجل أصل الدين تأجلت المطالبه طبعاً اما لو تأجلت المطالبه كما لو أجل الكفيل فالدين باق على حاله من

تعجیل أو تأجیل، و تأجیل الکفیل أقصی أثره انه لا یطالب هو بالدین و لا ینافی ذلک ان غیره یطالب به فتدبره جیداً فإنه یحتاج الی لطف قریحه.

(ماده: ۶۵۶) المدیون مؤجلا لو أراد الذهاب الی دیار اخری

و راجع الدائن الحاکم و طلب کفیلا یکون مجبوراً علی إعطاء الکفیل.

فی هذه الماده إجمال و إبهام و تحریر هذا البحث ان المدیون لو أراد السفر من بلاد فیها دائنه فالدین لا یخلو اما ان یکون حالا أو مؤجلا فإن کان حالا فقد وجب علیه دفعه ان کان ملیاً فان طالبه الدائن و لم یدفع مع عدم العذر الشرعی کان للدائن أن یرفع امره الی الحاکم کی یمنعه من السفر حتی یؤدی دینه، بل لا یبعد انه لو یسافر و الحال هکذا کان سفره معصیه لا یجوز فیه التقصیر.

و (بالجمله) لا یجوز له السفر الا بإرضاء دائنه بالدفع أو بالکفیل أو بغیرهما، اما لو کان الدین مؤجلا فلیس له حق المطالبه بالدین و لا بالکفیل و لا بغیره، فإطلاق (المجله) انه یکون مجبوراً علی إعطاء الکفیل غیر سدید، اللهم الا ان یکون رأیهم- و لو استحسانا- ان له ذلک حتی مع عدم حلول أجل الدین مخافه ان یحل الأجل و هو مسافر فیتأخر أداء الحق فلیتأمل.

و لعل ما ینسب إلی الحنفیه من عدم الحق للدائن أن یحبس المدیون عن السفر إلا فی نفقه الزوجه ناظر الی الدین قبل حلول اجله و یبقی الاستثناء علی ظاهره متصلا، و وجهه ان نفقه الزوجه بالنسبه إلی الأیام المستقبله

و ان كانت من قبيل المؤجل و لكن لقرب اجله و حاجه الزوجه إليه فى الغالب و أهميته يكون كالحال بل أشد منه فليتدبر.

(ماده: ۶۵۷) لو قال أحد لآخر اكفلنى عن دينى الذى هو لفلان

فبعد ان كفل و أدى عوضاً عن الدين بحسب كفالته لو أراد الرجوع على الأصيل يرجع بالشيئ الذى كفله و لا اعتبار للمؤدى، و اما لو صالح الدائن على مقدار من الدين يرجع ببدل الصلح و ليس له الرجوع بمجموع الدين مثلا- لو كفل بالمسكوكات الخالصه و ادى مغشوشه يأخذ من الأصيل مسكوكات خالصه و بالعكس لو كفل بالمسكوكات المغشوشه وادى خالصه يأخذ من الأصيل مغشوشه كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم و أداها صلحاً بإعطاء بعض أشياء يأخذ من الأصيل المقدار الذى كفله من الدراهم و لكن لو كفل ألفاً وادى خمسمائه صلحاً يأخذ من الأصيل خمسمائه.

هذه أيضاً من مهمات مسائل الضمان و هى مسأله رجوع الضامن على المضمون عنه و متى يرجع و بأى مقدار يرجع عليه؟ و تحرير هذا المقام على وجه الإيضاح و الاختصار ان الضامن لا يستحق الرجوع على المضمون الا بشرطين.

(الأول) ان يكون الضمان باذنه كما أشارت إليه (المجله) لو قال أحد لآخر اكفلنى عن دينى فلو كفل من غير اذنه لم يستحق الرجوع عليه لانه متبرع، نعم يبقى الكلام فيما لو كفله بغير اذنه و اطلع هو و لم يصرح بالرضا و الاذن و لم يمنع فهل السكوب من الرضا أو الأصل برأيه

ذمته من الحق؟ المسأله مشكله تحتاج إلى التأمل.

(الثانى) انه لا يستحق الرجوع الا بعد الأداء فلا حق له بمطالبته المضمون عنه قبل ان يدفع الحق للمضمون له سواء كان الدين حالا أو مؤجلا كلياً أو جزئياً.

ثم بعد تحقق الشرطين يستحق الرجوع و لكن بمقدار ما دفع لا بمقدار ما ضمن فلو صالح الضامن المضمون له بأقل من دينه لم يستحق الا مقدار الصلح لا بأصل الدين فلو صالحه عن الألف بخمسمائه لا يأخذ منه الا الخمسمائه و هذا الحكم ثبت بالدليل الخاص على خلاف القاعده و الا فإن ذمه المضمون عنه حسب الفرض قد اشتغلت للضامن بمقدار الدين كما ان ذمه الضامن قد اشتغلت للمضمون له بذلك و الصلح أو الإبراء بين الضامن و المضمون معامله أخرى جديده بينهما لا علاقه لها بقضيه الضمان.

و «بالجمله» فبعد ان اشتغلت ذمه المضمون عنه للضامن بالمقدار المعين بعقد الضمان كيف ينقلب الى البعض بالصلح بين الضامن و المضمون له و هى معامله أخرى أجنبيه فلا بد من الالتزام بأن الذمه و ان اشتغلت بالمقدار و لكن لا يستقر و لا يلزم الا بالأداء فيستقر ما يؤدى و يسقط ما عداه و قبل الأداء يبقى مراعى و ليس هذا بعزيز النظير و ان كان مخالفاً للقاعده فإن المهر تشتغل به ذمه الزوج و يبقى مراعى بالدخول فيلزم الجميع أو الطلاق أو الموت قبله فيسقط النصف فلا محيص من المصير اليه بعد ورود الدليل، و يتفرع على المراعاه سقوطه عن المضمون

عنه اجمع لو أبرأ المضمون له الضامن من أصل الدين و هو أيضاً مخالف للقاعده و لذا لو وهبه أو ورثه أو باعه بأقل لا يتسرى الحكم المزبور لانه على خلاف القاعده فنقتصر على مورده الخاص و هو ما إذا صالحه عنه ببعضه، اما لو صالح عنه أو باعه بعين هى أقل قيمه فلا فضلا عن الهبه و الإرث كما انه لا يجرى فى الحواله و هو المراد من قول (المجله) كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم و أداها صلحاً بإعطاء بعض أشياء يأخذ من الأصيل المقدار الذى كفله من الدراهم و لكن لو كفل ألفاً وادى خمسمائه صلحاً يأخذ من الأصيل خمسمائه، ا ه.

و تأتى هنا شبهه الربا فليتأمل.

(ماده: ۶۵۸) لو أغفل أحد آخر فى ضمن عقد المعاوضه يضمن ضرره

مثلا- لو باع أحد لآخر عرصه و بعد إنشاء بناء فيها لو ظهر لها مستحق و ضبطها فللمشترى أن يأخذ قيمه البناء حين التسليم ما عدا أخذ قيمه العرصه كذلك لو قال أحد لأهل السوق: هذا الصغير ولدى بيعوه بضاعه فانى آذنته للتجاره ثم بعد ذلك لو ظهر ان الصبى ولد غيره فلأهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعه التى باعوها للصبى.

هذه القضيه أجنبيه عن (كتاب الضمان) الذى هو بمعنى ضم ذمه إلى ذمه أو تحويله من ذمه إلى أخرى و انما هو هنا بمعنى الخساره و الغرامه أو التدارك و هما و ان كانا يرجعان إلى أصل واحد و لكن الاحكام تختلف باختلاف الخصوصيات فضلا عن الفصول، و سبب الضمان أى الغرامه هنا قاعده الغرور (المغرور يرجع على من غره) و أهل السوق

و ان كـان لهم حق الرجوع على من غرهم لو أتلف الصبى أموالهم و لكن قرار الضـمان على الصبى المتلف بقاعـده (من أتلف) يؤخذ منه بعد بلوغه.

(الباب الثالث) فی «البراءه من الکفاله

اشاره

و یحتوی علی ثلاثه فصول»

الفصل الأول فی بیان الضوابط العمومیه

(ماده: ۶۵۹) لو سلم المکفول به من طرف الأصیل أو الکفیل الی المکفول له یبرء الکفیل من الکفاله.

(ماده: ۶۶۰) لو قال المکفول له أبرأت الکفیل أو لیس لی عند الکفیل شی ء یبرأ الکفیل.

(ماده: ۶۶۱) لا تلزم برأیه الأصیل ببراءه الکفیل.

(ماده: ۶۶۲) برأیه الأصیل توجب برأیه الکفیل.

هـذه المواد مع وضوحها قـد تقـدم أکثرهـا، و اتضـحت مـدارکها، و ان برأیه الأصـل تسـتلزم برأیه الفرع دون العکس، و ذلک محصل هذه المواد الأربع.

الفصل الثانى فى البراءه من الكفاله بالنفس

(ماده: ۶۶۳) لو سلم الكفيل المكفول به فى محل يمكن فيه المخاصمه

كالمصر أو القصبه إلى المكفول له يبرء الكفيل من الكفاله سواء قبل المكفول له أو لم يقبل و لو كفل على ان يسلمه فى مجلس الحاكم و سلمه فى الزقاق لا يبرأ من الكفاله و لكن لو سلمه بحضور ضابط يبرأ.

العباره كما يتذوقها صاحب الذوق السليم العربى- مشوهه الخلقه و التركيب، و حاصلها ان محل تسليم الكفيل المكفول للمكفول له مع الإطلاق- بلد أو قصبه يمكن فيه المخاصمه لوجود حاكم أو محكمه أو حكومه أو ما أشبه ذلك فلو سلمه فى بلد هى كذلك برء، أما مع اشتراط تسليمه فى بلده معينه فلا يبرء حتى يسلمه فيها أو فى مجلس الحاكم أو غيره حسب الشرط، و الأصح انه مع الشرط هو المتبع و مع الإطلاق فالبلده التى وقع عقد الكفاله فيها سواء كان فيها حكومه أو حاكم أم لا.

(ماده: ۶۶۴) يبرء الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب المطالب،

اما لو سلمه بدون الطلب فلا يبرء ما لم يقل: سلمته بحكم الكفاله.

هذا حكم أشل بل تحكم محض فان الكفيل لا يلزمه أكثر من

تسليمه المكفول للمكفول له فى الوقت المعين و الزمن المخصوص ان شرط شى ء منهما فى العقد و لا اثر للطلب وجوداً و لا عدما الا مع الشرط أيضاً كما لا اثر لقول انه سلمه بحكم الكفاله، و أغرب من هذا ما فى ماده (۶۶۵) لو كفل على ان يسلمه فى اليوم الفلانى و سلمه قبل ذلك اليوم يبرء من الكفاله و ان لم يقبل المكفول له،،، و ما أبعد ما بين المادتين فالأولى جعلت ما ليس بمشروط شرطاً و الثانيه جعلت الشرط كغير المشروط، و ما ادرى كيف صار هذا الشرط لغواً مع انه شرط سائغ و قد يتعلق به غرض عقلائى و يكون له فائده مهمه بإحضاره فى اليوم المعين فلو أحضره فى غير ذلك اليوم لم يحصل غرضه؟

و كيف يلزم به مع عدم قبوله؟ و هذا واضح جداً.

(ماده: ۶۶۶) لو مات المكفول به كما يبرأ الكفيل من الكفاله

كذلك يبرأ كفيل الكفيل، كذلك لو توفى الكفيل كما برء هو من لكفاله كذلك يبرأ كفيله أيضاً و لكن لا يبرأ الكفيل من الكفاله بوفاه المكفول له و يطالب وارثه.

موت المكفول يوجب بطلان الكفاله لزوال الموضوع فيبرأ الكفيل و كفيل الكفيل، و هكذا موت الكفيل فان زواله يوجب زوال ذمته و تعهده و ليس هو حق مالى مباشره حتى ينتقل كالدين على ورثته أو على تركته.

نعم لو مات المكفول له بقى الحق على الكفيل ان يسلمه الى ورثته فإنه حق مورثهم فينتقل الى ورثته بموته.

الفصل الثالث فی «البراءه من الکفاله بالمال»

(ماده: ۶۶۷) لو توفی الدائن و کانت الوارثه منحصره فی المدیون یبرء الکفیل من الکفاله.

و هذا أیضاً من قبیل زوال الموضوع أو بحکم وصول الحق فلا موضوع للکفاله، اما لو کان له وارث آخر غیر مدیون لم یبرء من حصه الوارث الآخر الغیر مدیون و هو واضح.

(ماده: ۶۶۸) لو صالح الکفیل أو الأصیل الدائن علی مقدار من الدین یبرآن

اشترطت برائتهما أو برأیه الأصیل فقط أو لم یشترط شی ء و ان اشترطت برأیه الکفیل فقط یبرء الکفیل فقط و یکون الطالب مخیراً ان شاء أخذ مجموع دینه من الأصیل و ان شاء أخذ بدل الصلح من الکفیل و الباقی من الأصیل.

الکفاله- أی الضمان- و ان جعلناه کما عند القوم ضم ذمه إلی ذمه، و لکن الأصل فیه هو الأصیل أی المدیون المضمون عنه و الکفیل فرع له فلو أن الدائن أبرأ الأصیل أو صالحه أو أمهله سری کل ذلک الی الفرع- ای الکفیل الضامن- بمعنی انه إذا أبرأ الدائن ذمه

المضـمون عنه (المـدين) برئت قهراً ذمه الكفيل لسـقوط الدين و زوال الموضوع، و كذا لو صالحه على مقدار منه يبرآن معاً من الزائـد عن مال المصالحه، و هـذا يترتب قهراً سواء اشترطا برائتهما أو لم يشترطا فان هـذا من اللوازم القهريه للإبراء و الاسـقاط و الصلح، نعم لو أبرأ الكفيل فقط لم يبرء الأصيل لما عرفت من ان الأصل لا يتبع الفرع و برأيه الكفيل لا تستلزم برأيه الأصيل، فلو صالح الدائن الكفيل على مقدار أخذه و طالب الأصيل بالباقى أو أخذ الجميع منه لان ذمته فى الأصل هى المشغوله.

[ماده: ۶۶۹] لو أحال الكفيل المكفول له على أحد و قبل المكفول له و المحال عليه يبرء الكفيل و المكفول عنه أيضاً.

يعنى يبرء الأصيل و الكفيل لان تحويله مع قبوله بحكم الأداء كما سيأتى فى باب الحواله إن شاء اللّه.

(ماده: ۶۷۰) لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته.

لانه حق مالى كالدين فإذا بطلت ذمه الكفيل بالموت انتقل الحق و صار فى أمواله كسائر الديون.

(ماده: ۶۷۱) الكفيل بثمن المبيع إذا انفسخ البيع أو ضبط المبيع بالاستحقاق أو رد بعيب يبرء من الكفاله.

كل ذلك لسقوط الحق المضمون فتسقط كفالته و التعهد به.

(ماده: ۶۷۲) لو استؤجر مال الى تمام مده معلومه

و كفل أحد

بدل الإجاره التی سمیت تنتهی کفالفته عند انقضاء مده الإجاره.

هـذا مع الإطلاـق و بنـاء علی ان اسـتحقاق الأـجره یکون عنـد انتهـاء المـده و الاـ فیتبع الشـرط و مع الإطلاق فعنـد تسـلیم العین المستأجره فتدبره جیداً.

و اما قوله: فان انعقـدت اجاره جدیـده بعد ذلک علی ذلک المال- لا تکون الإجاره شامله لهذا العقد- فهو مسـتدرک واضح لا حاجه الی بیانه.

الکتاب الرابع فی الحواله

اشاره

و یشتمل علی مقدمه و بابین

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم و له الحمد

المقدمه فی بیان الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالحواله

اشاره

(ماده: ۶۷۳)

الحواله:

نقل الدين من ذمه إلى ذمه أخرى.

بعد ان كان الضمان عندهم ضم ذمه إلى أخرى يتجه تعريف الحواله بالتعبير المزبور، و أوضح منه تعبير بعضهم: بأنها نقل الدين من ذمه إلى أخرى بدين مماثل له، اما بناء على ان الضمان هو نقل المال من ذمه إلى ذمه كما هو عند الإماميه فقد قيدوا الحواله للفرق بينها و بين الضمان بأنها تحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله- أو تحويل المديون دائنه على مديونه، و ان أجزنا الحواله على البرى قلت: احاله المديون دائنه على غيره.

و «تحرير هذا البحث» القائم على وجه يتضح به فلق الحق و التحقيق- انه كما ان الضمان أو الكفاله باصطلاحهم كان يبتنى على أربعه أركان- الضامن، و المضمون له، و المضمون عنه، و المال المضمون- فكذلك الحواله تبتنى على مثلها- المحيل، و المحال عليه، و المحال، و الحق المحال به- فالمحال عليه فى باب الحواله يوازى الضامن فى باب الضمان سوى ان الضامن عندهم- كما عرفت سابقاً- يلزم ان يكون غير مشغول الذمه بما يضمنه بخلاف المحال عليه حيث يلزم ان يكون مشغول الذمه بما أحيل عليه، و جعلوا هذا هو الفرق بين الضمان و الحواله بعد تساويهما فى نقل المال من ذمه إلى أخرى و لكن فى الضمان إلى ذمه بريئه و فى الحواله إلى ذمه مشغوله، و قد سبقت الإشاره إلى الخدشه فى هذا الفرق و ان الضمان و الحواله متباينان أو متغايران من حيث الجوهر و الذات و الفرق بينهما بالنحو المذكور عند الأصحاب يشبه ان يكون من قبيل التعليل بالعرضى مع وجود الذاتى فإن حقيقه الضمان تعهد و التزام اى جعل الإنسان سلطنه على نفسه سواء كان مشغول الذمه أو بريئا، و حقيقه الحواله إزاله السلطنه عن نفسه و جعل سلطنه لغيره على غيره سواء كان أيضاً مشغول الذمه أو بريئاً و على مشغول الذمه أو برى ء، فالقضيه ليست قضيه اشتغال أو برأيه و ان كان الغالب فى الضمان البراءه و فى الحواله الاشتغال، بل قضيه الفرق بين العقدين ترجع الى جوهر الحقيقتين و ان اتفقا فى أكثر الأثر، و على كل حال ففى التعريفات المزبوره للضمان أو للحواله تسامحات واضحه، و يهون

الأمر ان الغرض منها الإشاره إلی الشی ء من بعض وجوهه لا الإشاره إلیه من حیث حقیقته و کنهه أو کل وجوهه فلیتدبر.

اما المواد من (۶۷۴) إلی (۶۷۷) فهی واضحه لا یتماسک علیها ای تعلیق.

(ماده: ۶۷۸)

الحواله المقیده:

هی التی قیدت بأن تعطی من مال المحیل الذی هو فی ذمه المحال علیه أو فی یده.

بناء علی تعریفهم الحواله بأنها نقل المال من ذمه إلی أخری یخرج منها التحویل علی مال المحیل الخارجی الذی هو فی ید المحال علیه بل هو فی الحقیقه لیس له أی علاقه بالحواله و انما هو وکاله علی الدفع و التسلیم لا نقل مال من ذمه إلی أخری کما هو واضح.

و اما ماده (۶۷۹)

الحواله المطلقه:

هی التی لم تقید بأن تعطی من مال المحیل الذی هو عند المحال علیه.

هذا مبنی علی جواز الحواله علی البری، و تحریر البحث ان المحال علیه اما ان یکون مشغول الذمه للمحیل أولا، و الثانی هو الحواله علی البری و الأول اما ان یحیل علی ذلک المال الذی له فی ذمه المحال علیه أو بمال آخر مغایر، و الأول هو القدر المتیقن و المتعارف من الحواله، و الثانی اما ان یکون الملحوظ بالمال المحول المال الذی له فی ذمه المحال علیه أولا و الأول کما لو قال: أحلتک علیه بعشره دراهم من الدنانیر التی لی علیه، و یظهر من بعض اساتیذنا بطلانها و الأصح الصحه فیکون کوفاء الدین بغیر الجنس کما لو کان له دنانیر فوفاه بدراهم فإنه یکون کمعامله ضمینه

مطویه یعنی انه باعه الدراهم بالدنانیر التی فی ذمته، و کذا فی المقام فإنه استبدل الدینار أو الدینارین بعشره دراهم و أحال علیها و رضـی الثلاثه بـذلک فما المانع من صـحته؟ اما لو أحال علیه بمال أخر من دون نظر الی المال الـذی له بـذمته فیکون کل من المحیل و المحال علیه مشـغول الذمه لصاحبه فیتحاسـبان فاما التهاتر أو یرد کل واحد منهما الزائد للآخر، و لو أحال علیه بمثل ما علیه جنساً و قدراً من دون نظر الی ما فی ذمته فالتهاتر قهراً.

(الباب الأول) فی بیان عقد الکفاله

اشاره

و یتسم الی فصلین

الفصل الأول (فی بیان رکن الحواله)

(ماده: ۶۸۰) لو قال المحیل لدائنه: حولتک علی فلان، و قبل الدائن تنعقد الحواله.

المراد بهـذا بیان ان الحواله عقـد یترکب من إیجاب المحیل بلفظ- حولتک- و قبول المحال و هو دائن المحیل و یکفی هذا فی انعقـاد الحواله و کأنها تشـیر الی عـدم اعتبار رضا المحال علیه و هو أحـد الأقوال فی المسأله عنـدنا و لکن المشـهور عنـد فقهاء الإمامیه اعتبار رضا الثلاثه بل قیل انه یعتبر قبول المحال علیه مع قبول المحال فیترکب العقد من إیجاب

و قبولین، و المتحصل من الأقوال هنا أربعه.

۱-: اعتبار رضا الثلاثه بالإیجاب من المحیل و القبول من المحال و رضا المحال علیه و لعله المشهور.

۲-: الإیجاب من المحیل و القبول من الآخرین.

۳-: إیجاب المحیل و قبول المحال و عدم اعتبار رضا الثالث و لا قبوله، و هو ظاهر هذه الماده.

۴-: کفایه إیجاب المحال له و المحال علیه و عدم التوقف علی رضا المحیل أو قبوله کما هو صریح الماده اللاحقه.

هـذا کله بنـاء علی کون الحواله عقـداً بل من العقود اللازمه و الظاهر اتفاق جمیع المـذاهب علی ذلک و لکن خالف فیه سـیدنا الأستاذ قدس سره فی عروته و جعلها هی و الضمان و الوکاله و الجعاله إیقاعات لا عقوداً فقال فی (کتاب الحواله) ما نصه:

و لکن الـذی یقوی عنـدی انها من الإیقاع غایه الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه و من المحال علیه، و هـذا لا یصـیره عقداً و ذلک لأنها نوع من وفاء الدین و ان کانت توجب انتقال الدین من ذمته إلی ذمه المحال علیه فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء و هو لا یکون عقـداً و ان احتاج الی الرضا من الآخر کما فی الوفاء بغیر الجنس فإنه یعتبر فیه رضاء الـدائن و مع ذلک هو إیقاع، و من ذلک یظهر ان الضـمان أیضاً من الإیقاع فإنه نوع من الوفاء و علی هذا فلا یعتبر فیهما شـی ء مما یعتبر فی العقود اللازمه و یتحققان بالکتابه و نحوها، بل یمکن دعوی ان الوکاله

أيضاً كـذلک كما ان الجعاله كـذلک و ان كان يعتبر فيهما الرضا من الطرف الآخر الا ترى انه لا فرق بين ان يقول: أنت مأذون فى بيع دارى أو قال: أنت وكيل، مع ان الأول من الإيقاع قطعاً، ا ه.

و فى هذا الكلام مواقع للنظر بارزه، و مخالفات للقواعد جاهزه، و بيان ذلک يستدعى تمهيد مقدمه و هى ان الضابطه التى يمتاز بها العقود عن الإيقاعات و هى: ان كل معامله أو عمل ذى أثر شرعى ان توقف ترتب أثره عليه على طرفين فهو عقد و ان كفى طرف واحد فهو إيقاع فالبيع و الإجاره و نحوهما عقود لان أثرها و هو ملكيه الثمن للبائع و المبيع للمشترى لا يتحقق إلا بطرفين و هما المشترى و البائع- اما العتق و الطلاق فلما كان ترتب الأثر من كل منهما لا يتوقف على طرفين بل يكفى فى حصوله طرف واحد فيترتب الأثر قهراً رضى الآخر أم لا، جعلنا كل واحد منهما إيقاعاً.

و على هـذه الضـابطه فالضـمان و الحواله و الوكاله لما كان بالضـروره و الإجماع لا يكفى فى حصول آثارها- و هو انتقال المال من ذمه إلى ذمه بعمـل واحـد بل لا بـدّ من رضا الاثنين أو الثلاثه فهى عقـد لا محاله، و ليت السـيد رحمه اللّه جاءنا بضابطه غير هذه حتى نجعلها معياراً للفرق و التمييز و نحكم بموجبها على تلک المعاملات- هى عقود أم إيقاعات؟

إذا اتضح هذا نقول:

أولا- ان جعل الحواله نوعاً من وفاء الدين ممنوع صـغرى و كبرى ضـروره ان حقيقه الحواله انتقال الحق من ذمه إلى أخرى كما عرفت،

و حقیقه وفاء الدین استیفاء الحق لا نقله و وفاء الدین معامله بین الدائن و المدین و الحواله بینهما و بین أجنبی ثالث بینهما ثم لو سلم انها من وفاء الدین فقد ینفرد بعض الأنواع عن بعض بحکم أو أحکام و کون بعض الوفاء إیقاعاً لا یستلزم ان یکون کل وفاء کذلک الا تری انه لو باع المدیون لدائنه طعاماً مثلًا أو غیره بالدین الذی علیه و دفعه له کان وفاءً لدینه و لکنه بنحو البیع و العقد لا بنحو الإیقاع.

ثانیاً-: ان جعل الوفاء من الإیقاع أیضاً مما لا محصل له فإنه علی التحقیق لا عقد و لا إیقاع بل هو عمل واجب و حق لازم الأداء، نعم أصل القرض عقد و لکن الوفاء من توابعه و آثاره کوجوب دفع العین المبیعه بعد البیع الذی هو من آثار العقد و لیس هو عقد و لا إیقاع.

ثالثاً-: ان جعل النقل و الانتقال من الوفاء واضح الضعف فان الوفاء عمل المکلف و النقل و الانتقال أثر تولیدی للعقد یترتب علیه قهراً.

رابعاً-: ان الوفاء بغیر الجنس- عند تدقیق النظر فیه- لیس إلا معامله ضمنیه، و عقد مطوی، و الا فکیف یعقل ان یکون الطعام مثلا وفاء للدراهم أو بالعکس مع ان الوفاء یلزم ان یکون بالمثل فلا بد ان یکون هناک مبادله بین المالین برضا صاحبی الحقین؟

خامساً-: لو سلمنا ان هذه المعاملات إیقاعات فان الإیقاع أیضاً له صیغه خاصه لا یترتب الأثر المطلوب الا بها کالطلاق و العتق و غیرهما، و الظاهر اتفاق الأصحاب علی ان الإیقاع کالعقد لا یتحقق بالکتابه

و لا الإشاره الا من الأخرس الذى لا يستطيع الكلام.

و [بالجمله] فجعل الضمان و الحواله من الإيقاع و هم و دعوى تحققهما بالكتابه و هم فى وهم.

سادساً-: ان دعوى عدم الفرق بين ما لو قال أنت مأذون ببيع دارى أو قال أنت وكيل فى بيعها مع ان الأول من الإيقاع قطعاً- غريبه جداً أما (أولا) فإن الإذن ببيع الدار أو غيرها ليس عقداً و لا إيقاعاً بل هو رخصه و إباحه بخلاف الوكاله فإنها عقد يتوقف على طرفين و الفرق بينهما جلى ألا- ترى انه لو اذن له و المأذون رد و لم يقبل ثم باع كان البيع صحيحاً اما لو وكله ورد ثم باع كان بيعه باطلا فسنخ الأول سنخ الحكم و سنخ الثانى سنخ الحق و ما أبعد البون بينهما و (ثانياً) لو سلم التساوى بينهما و عدم الفرق و لكن تساويهما فى جهه لا يوجب تساويهما فى جميع الجهات أ لا ترى ان هبه الدين و الإبراء سواء و ان كان الأول عقداً اتفاقاً من القائلين بصحته و الثانى إيقاعاً بلا ريب، فتدبر هذه النتف فإنها من الطرف و باللّه التوفيق.

(ماده: ۶۸۱) يصح عقد الحواله بين المحال له و المحال عليه وحدهما،

مثلا- لو قال أحد لآخر: خذ مالى على فلان من الدين و قدره كذا قرشاً حواله عليك، فقال له الآخر: قبلت، أو قال له: اقبل الدين الذى لك بذمه فلان و قدره كذا قرشاً حواله على، فقبل تصح الحواله حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته.

يعنى يكون المحال هو المحيل كما فى المثال الأول أو المحال عليه كما فى

المثـال الثـانی فیتقوم العقـد من اثنین فقـط، و هـذا کلام غیر موضـح و لا منقـح فان المحال علیه فی المثالین ان کان عنـده مال للغائب المدیون فلا یصح أن یدفع حقه لدائنه الا برضاه و بعباره اجلی لا تبرأ ذمه المحال علیه من حق غریمه الا برضاه و تحویله و لا اثر لتحویل دائنه بغیر علمه و رضاه کما هو واضـح و ان لم یکن عنـده مال له بل کان بقبوله متبرعاً فهو و ان صح بدون علم الغـائب و رضاه و لکنه خارج عن باب الحواله و یـدخل فی باب الضـمان سواء جعلناه ضم ذمه إلی ذمه أو نقل حق من ذمه إلی أخری، و حینئـذ فالمثالاـن إما حواله باطله أو ضـمان صـحیح، و قـد اعتبرت ماده (۶۸۲) علم المحـال علیه و رضـاه حیث تقول: الحواله التی أجریت بین المحیل و المحال له وحـدهما إذا أخبر بها المحال علیه فقبلها صـحت و تمت مثلا- لو أحال أحـد دائنه علی آخر و هو فی دیـار اخری فبعـد اعلاـم المحـال علیه ان قبلهـا تتم الحواله اعتبرت ماده (۶۸۳) علم المحـال و رضاه إذ تقول الحواله التی أجریت بین المحیـل و المحـال علیه تنعقـد موقوفه علی قبول المحـال له مثلا- لو قال أحـد لآخر: خـذ علیک حواله دینی الذی بذمتی لفلان و قبل المحال علیه ذلک تنعقد الحواله موقوفه فإذا قبلها المحال له تنعقد.

(الفصل الثانی) (فی بیان شرط الحواله)

اشاره

عرفت ان الحواله کالضـمان تقوم علی خمسه أرکان- المحیل، و المحال، و المحال علیه، و الحق المحال، و الصیغه أی الإیجاب و القبول- و أشـارت (المجله) إلیهما فی أول الفصل المتقـدم و لا یلزم ان یکون الإیجاب من ماده الحواله و مشـتقاتها بل یکفی کـل مـا دل علیها دلاله صـریحه مثل- خـذ حقک علی من فلان، أو جعلت دینک علی علی فلان و ما أشـبه ذلک، و یکفی فی القبول کمـا دل علی الرضا مثل قبلت و رضـیت و نحوهما، ثم تعرضت لشـرائط المحیل و المحال بماده (۶۸۴) یشترط فی انعقاد الحواله کون المحیـل و المحـال له عـاقلین، و اشتراط العقل فی الثلاثه مما لا ریب فیه عنـد الجمیع، و کـذلک اشتراط البلوغ فی الثلاثه أیضاً عند الإمامیه، أما (المجله) فقد جعلته شرطاً فی المحال علیه فقط و اکتفت بالتمییز فیما عداه و انه یصح حواله الصبی الممیز و تحویله و لکن لا ینفذ شی ء منهما إلا بإذن ولیه، اما التحویل علیه فلا یصح و المستفاد من مجموع مادتی (۶۸۴ و ۶۸۵) عـدم الصـحه مطلقاً یعنی حتی مع اذن الولی و هو تحکم واضح، أما الملائه فلیست شـرطاً عندنا فی صـحه الحواله، نعم لو أحاله علی معسر فقبل و هو غیر عالم بإعساره عند القبول

كان له الخيار بعد العلم بين فسخ الحواله أو إمضائها.

(ماده: ۶۸۶) لا يشترط ان يكون المحال عليه مديوناً للمحيل فتصح حوالته و ان لم يكن للمحيل دين على المحال عليه.

يريـد بهذا صـحه الحواله على البرى و قد عرفت ان المشـهور عند أصـحابنا اعتبار كونه مشـغول الذمه فرقاً بينها و بين الضـمان و وافقهم على ذلك عموم الشافعيه و الا كانت من أداء الدين تبرعاً، و قد سبق تحقيق القول فى هذا الموضوع فراجع.

(ماده: ۶۸۷) كل دين لا تصح الكفاله به لا تصح الحواله به.

لعلهم يريـدون بهـذه القاعـده ان مالا يصح ضـمانه و كفالته كالديون الغير الثابته فعلا مثل ما لو قال له: اسـتقرض و على ضـمان قرضك أو ما تحقق سـببه كنفقه الزوجه و أمثال ذلك أو الـديون التى لا تلزم شـرعاً كثمن الخمر و الخنزير فى الـذمه فإن جميع هذه الأموال لا يصح ضمانها فلا تصح حوالتها.

اما طرد هـذه الماده و هى ماده (۶۸۸) كل دين تصـح به الكفاله تصـح حوالته أيضاً فلا يخرج منها الا الدين المجهول مقداره أو صـاحبه فـإنه يجـوز ضـمانه و لكن لاـ يجـوز حـوالته فـان الـدين فى الحواله يلزم ان يكون ثابتـاً قـاراً معلوم الجنس و المقـدار و الصاحب كما صرحت به فى قولها: لكن يلزم ان يكون المحال به معلوماً فلا تصح حواله الدين المجهول مثلا- لو قال:

قبلت دينك الذى يثبت على فلان لا تصح الحواله.

(ماده: ۶۸۹) كما تصـح حواله الـديون المترتبه فى الذمه أصاله كذلك تصح حواله الديون التى تترتب فى الذمه من جهتى الكفاله و الحواله.

یعنی کما تصح الدیون المرتبه فی ذمتک أصاله من غیر جهه الحواله فتحیل بکل دین منها علی شخص کذلک یصح ان تحول ما لزم ذمتک ذمته بالحواله أو بالضـمان و الکفاله فإذا أحال علیک دائنک تحیل محاله علی مدیونک و هو یحیله علی مدیونه و هکذا فیترامی الضمان و الحواله و یتسلسل فیعود أو یدور.

(الباب الثانی) فی بیان أحکام الحواله

(ماده: ۶۹۰) حکم الحواله هو کون المحیل و کفیله من الکفاله

ان کـان له کفیـل و یثبت للمحال له حق مطالبه ذلک الـدین من المحال علیه و إذا أحال المرتهن أحـدا علی الراهن فلا یبقی له حق حبس الرهن و لا صلاحیه توقیفه.

کـل ذلـک لاـن الحواله نقـل الحق من ذمه إلی أخری و معنی انتقـاله من ذمه المحیـل برائتهـا فهو أداء أو کالأـداء و إذا أبرأ برء کفیله أیضـاً و انفـک الرهن الـذی کـان علی الحق فلاـ حق للراهن فی حبسه و تشـتغل ذمه المحـال علیه بـالحق للمحال و یکون کدین جدید علیه.

(ماده: ۶۹۱) لو أحال المحیل حواله مطلقه فان لم یکن له عنـــد المحال علیه طلب یرجع المحال علیه علی المحیل بعد الأداء و ان کان له طلب یقاضیه به.

مقتضـی قولهم بعد الأداء انه لیس له حق المطالبه و الرجوع قبل الأداء و لکن مقتضی ما عرفت من انه کدین جدید و ان المحال علیه صار مـدیوناً للمحال و دائناً للمحیل ان له حق المطالبه ان کان الأجل حالًا و لو قبل الأداء للمحال إذ لا علاقه لأحـد الدینین بالآخر بعد القبول فمقتضی القواعد

صحه الرجوع لأنه أصبح مشغول الذمه له.

نعم ثبت خلاف هذا فی الضمان علی خلاف القاعده و انه لا حق للضامن فی الرجوع إلا بعد الأداء کما انه لا حق له إلا بالرجوع بمقدار ما دفع لا بمقدار الدین، أما هنا فیرجع بما اشتغلت به الذمه سواء دفع ذلک المبلغ أم دفع الأقل علی مقتضی القاعده من انه اشتغال جدید لا علاقه له بسابقه بعد تحققه، هذا إذا کان المحال علیه بریئاً، اما لو کان مشغول الذمه للمحیل فإن أحال بمثل دینه سقط بالتهاتر قهراً و الا فیتحاسبان و یأخذ کل واحد منهما حقه من الآخر.

(ماده: ۶۹۲) ینقطع حق مطالبه المحیل المحال به فی الحواله المقیده و لیس للمحال علیه بعده ان یعطی المحال به للمحیل

و ان أعطاه یضمن و بعد الضمان یرجع علی المحیل و لو توفی المحیل قبل الأداء و کانت دیونه أزید من ترکته فلیس لسائر الغرماء حق فی المحال به.

اشتملت هذه الماده علی ثلاثه أمور.

الأول-: ان الحواله علی مشغول الذمه- و هی الحواله المقیده عندهم- توجب براءه ذمه المحیل من دین المحال و لا حق له بمطالبه حقه من المحیل حیث انه قد انتقل إلی ذمه المحال علیه.

الثانی-: انه یترتب علی ذلک عدم جواز إعطاء المحال علیه الحق للمحیل لأنه صار للمحال فلو أعطاه له ضمن للمحال و دفع الحق له ثم استرجعه من المحیل طبعاً.

الثالث-: مما یترتب علی ما تقدم من الانتقال انه لو مات المحیل قبل

أداء المحال عليه للمحال و كانت ديونه أكثر من تركته فليس للديان ان يتدخلوا فى ذلك الحق المحال و ان يجعلوه من جمله تركته كى يضرب المحال معهم بالنسبه كسائر الغرماء لان الفرض انه قد انتقل الى المحال و ملكه على المحال عليه قبل موته و لا يتوقف ذلك على الأداء و عدمه و الجميع واضح.

(ماده: ۶۹۳) لا تبطل الحواله المقيده بان يؤدى مما فى ذمه المشترى للبائع من ثمن المبيع إذا هلك المبيع قبل التسليم و سقط الثمن

أو رد بخيار الشرط أو خيار الرؤيه أو خيار العيب أو أقيل البيع و يرجع المحال عليه بعد الأداء على المحيل يعنى يأخذ ما اداه للمحال له من المحيل اما لو تبين برأيه المحال عليه من ذلك الدين بان استحق و أخذ المبيع فتبطل الحواله.

تضمنت هذه الماده أيضاً أمرين مهمين أحدهما-: ان البائع إذا أحال دائنه على المشترى بالثمن ثم حصل ما يوجب فسخ البيع بإقاله أو خيار أو تلف المبيع قبل القبض فإن الحواله تبقى بحالها و لا تنفسخ بل غايته ان البائع يغرم للمشترى مثل الثمن ان كان مثلياً و قيمته ان كان قيمياً كما فى سائر موارد التصرف فى أحد العوضين الذى يتعقبه فسخ بأحد الأسباب.

ثانيهما-: انه لو ظهر بعد الحواله بطلان البيع فإن الحواله أيضاً تكون باطله لأنه إنما أحال بالثمن على المشترى و الفرض انه قد انكشف ان ذمته غير مشغوله بالثمن لبطلان البيع.

و (تحرير هذا) انه اما ان يحول البائع أجنبياً على المشترى بالثمن

أو يحول المشترى البائع به على أجنبى، اما- الأول- فلا إشكال فى ان الحواله يظهر بطلانها بعد ظهور بطلان البيع فان كان الأجنبى لم يقبض فلا شى ء و ان كان قبض استرده المشترى منه و رجع المحال على البائع بحقه ان كان له عليه حق، و دعوى الصحه بناء على صحه الحواله على البرى مدفوعه بأنه لم يحول عليه بل أحال على المال الذى فى ذمته و هو الثمن و احتمال كونه من قبيل الداعى واضح الفساد فإنه فى صميم العقد فلا فى القصد و حده فتدبره، و اما- الثانى- فلا ينبغى الإشكال أيضاً فى ان الحواله باطله انما الكلام فى ان الأجنبى الذى دفع للبائع هل برئت ذمته من دين المشترى لأنه قد دفعه الى البائع بإذنه بل يأمره فلا حق عليه و لكن يرجع على البائع فيأخذ منه ما استلمه من الأجنبى بتحويله؟ أو ان ذمته بعد مشغوله للمشترى لأنه أحال عليه باعتبار كونه مشغول الذمه للبائع و قد انكشف عدم اشتغال ذمته له فتبطل الحواله لفقد شرطها و هو اشتغال ذمه المحيل للمحال- أى المشترى للبائع؟ و هذا هو الأقوى، و حينئذ فيرجع المشترى على الأجنبى بحقه و يرجع الأجنبى على البائع بما دفع له اشتباهاً و بغير حق

(ماده: ۶۹۴) تبطل الحواله المقيده بان يؤدى من مال المحيل الذى هو فى يد المحال عليه امانه

إذا ظهر مستحق و أخذ ذلک المال و يعود الدين على المحيل.

ليس هذا من الحواله المصطلحه لأنها انتقال الأموال من الذمم الى الذمم، اما التحويل على مال الوديعه و نحوها فحقيقته انه توكيل على

الدفع و لكن الحكم على كل حال واحد، يعنى انه لو ظهر ان المال مستحق للغير و كان المحال قد دفع رجع صاحب المال عليه و يرجع هو على المحيل لانه هو السبب لدفعه و هو ظاهر كظهور:

(ماده: ۶۹۵) إذا كانت الحواله مقيده بان يؤدى من مبلغ المحيل الذى هو فى يد المحال عليه فهلك ذلک المال

فان لم يكن مضموناً بطلت الحواله و عاد الدين على المحيل و ان كان مضموناً لا تبطل الحواله مثلا- لو أحال أحد دائنه على آخر على ان يؤدى من دراهمه التى هى عنده امانه ثم تلفت الدراهم قبل الأداء بلا تعد تبطل الحواله و يعود دين الدائن على المحيل و اما لو كانت تلک الدراهم مغصوبه أو أمانه مضمونه بإتلافه فلا تبطل الحواله.

و وجهه واضح فإن الحواله تنقلب على عوض الامانه التالفه المضمونه فيجب ان يؤدى منها و لكن كل هذا ليس من الحواله المصطلحه فى شى ء مثل:

[ماده: ۶۹۶] لو أحال أحد دائنه على آخر بان يبيع مالًا معيناً له و يؤدى الدين من ثمنه و قبل المحال عليه الحواله بهذا الشرط تصح

و يجبر المحال عليه على بيع ذلک المال و أداء دين المحيل من ثمنه.

فإنها أجنبيه عن الحواله الشرعيه و لا يلزم المحال عليه العمل بها، و له ان يرفضها حتى بعد القبول بل هى وكاله على البيع، و وكاله على الدفع، و الوكاله عقد جائز من الطرفين- كما سيأتى- و لكل منهما ان يحلها و يرفضها متى شاء، و الحواله الصحيحه هى التى تشتغل بها الذمم

و ينتقل المال بها من ذمه لـذمه، و هذه هى اللازمه التى لا يمكن رفضـها و لا تزول إلا بأسـباب خاصه كالبيع و الإجاره و أمثالها فتدبره جيداً.

(ماده: ۶۹۷) الحواله المبهمه أى التى لم يبين فيها تعجيل المحال به و تأجيله

ان كـان الـدين فيهـا معجلاـ على المحيـل تكون حواله معجله على المحـال عليه و يلزمه الأداء فى الحال و ان كان الـدين مؤجلا تكون حواله مؤجله و يلزم الأداء بحلول الأجل.

يريـدون بـالحواله المبهمه- المطلقه- أى التى لم يـذكر فيهـا تعجيـل و لاـ تأجيل فتكون معجله ان كان الـدين معجلا، و ان كان مؤجلاـ تكون الحواله مؤجله، فالإطلاـق ينصـرف الى التعجيـل أصـاله الا ان يكون الـدين من ذاته مؤجلا، و حينئـذ فإن قيـدوها بالتعجيل تعجلت و الا فهى على طبق الدين حسب واقعه.

[ماده: ۶۹۸] ليس للمحال عليه ان يرجع على المحيل قبل أداء الدين

و لا يرجع الا بالمحال به يعنى يرجع بجنس ما أحيل عليه من الـدراهم و الا فليس له الرجوع بالمؤدى مثلا- لو أحيل عليه بفضـه و اعطى ذهباً يأخذ فضه و ليس له ان يطالب بالذهب و كذلك لو أداها بأموال و أشياء أخر فليس له الا أخذ ما أحيل به عنه.

أوضـحنا لـك قريبـاً ان هـذا الحكم مختص بالكفاله- أى الضـمان- على خلاف القاعـده للخبر و الإجماع، اما الحواله فهى باقيه على ما تقتضيه القواعد من ان له المطالبه سواء أدى أو لم يؤدى بعد ان اشتغلت ذمته للمحال و اشتغلت ذمه المحيل للمحال عليه لو كان بريئاً فكل منهما له ان يطالب

الآخر يحقه عند حلول الأجل و لا يناط أحد الدينين بالآخر و لا علاقه بينهما فراجع و تدبر.

و منه تعرف ما اشتملت عليه هذه الماده من الأمر الثانی و هو قولهم: و لا يرجع الا بالمحال به يعنى يرجع بجنس ما أحيل عليه الى آخره، يعنى لو احاله بدراهم فتراضى المحال و المحال عليه ان يدفع عوضها دنانير أو ثوباً أو غير ذلك فلا يرجع المحال عليه على المحيل الا بالدراهم لا بما تراضيا عليه.

(ماده: ۶۹۹) كما يكون المحال عليه بريئاً من الدين بأداء المحال به أو بحوالته إياها على الآخر

أو بإبراء المحال له إياه كذلك يبرء من الدين لو وهبه المحال أو تصدق به عليه و قبل ذلك.

حاصل هذه الماده ان براءه ذمه المحال عليه كما تكون بأدائه المبلغ المحال أو تحويله على آخر كذلك تحصل بإبراء المحال له أو هبته له أو التصدق به عليه، و الفرق بينهما قصد القربه، أو يحتسبه عليه من الحقوق الشرعيه من خمس أو زكاه أو غيرهما.

و مثل هذه الوجوه تحصل ما لو مات المحال فورثه المحال عليه فان المال ينتقل اليه و تبرأ ذمته لأن الإنسان لا يملك على نفسه شيئاً كما فی ماده (۷۰۰) لو توفی المحال له و كان وارثه المحال عليه لا يبقی حكم الحواله.

الكتاب الخامس فی الرهن

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب

ص: ۲۹۳

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم و له الحمد

المقدمه (فی بیان الاصطلاحات الفقهیه) (المتعلقه بالرهن)

اشاره

(ماده: ۷۰۱)

الرهن:

حبس مال و توقیفه فی مقابله حق یمکن استیفاؤه منه و یسمی ذلک المال مرهوناً أو رهناً.

عرف الرهن فقهاؤنا بما هو أخصر من هذا و ألصق بحقیقته فقالوا:

هو وثیقه علی الدین، أو- وثیقه علی دین المرتهن، و الأقرب الی حقیقته انه سلطنه علی العین من المالک لدائنه فی استیفاء دینه منها عند عدم الدفع فی الأجل فهو حق مالی یتعلق بالعین للمرتهن یوجب حبسها علی الراهن الی ان یصله حقه أو یستوفیه منها.

(و بعباره اجلی) ان الحق کما یکون فی ذمه الإنسان و فی عهدته کذلک قد یکون فی عهده المال و ذمته، یعنی فی ذمه العین المالیه، فالرهن فی الحقیقه ضم ذمه الأعیان إلی ذمه الإنسان فالمال الذی أقرضته لزید تاره تتعهد لک ذمته به فقط و هو الدین المطلق و تاره ذمته و ذمه العین المرهونه و هو الدین الموثوق فلک فی العین حق استیفاء المال منها لا ان

لک مثل المال فیها کما ینسب إلی الحنفیه، و فرعوا علی ذلک انها لو تلفت فی ید المرتهن بغیر تفریط کان التلف علیهما لو زادت علی الدین أو نقصت و علی المرتهن لو ساوته، مثلا- لو کانت قیمتها مائتین و کان الدین مائه سقط دینه و لم یغرم للراهن شیئاً فیکون تلفها علیهما، و لو کانت قیمتها مائه فتلفها علی المرتهن فقط، و لو کانت ثمانین دفع له الراهن عشرین لأن التلف- کما عرفت- عندهم استیفاء، اما عند الإمامیه و باقی المذاهب فالتلف بلا تفریط علی الراهن فقط مطلقاً و دین المرتهن بحاله لا یذهب منه شی ء کما لو کفل المال کفیلین و مات أحدهما فتدبره.

اما- ماده (۷۰۲) إلی ماده (۷۰۵) فکلها واضحه و لا حاجه الی ذکرها.

الباب الأول فی (بیان المسائل المتعلقه بعقد الرهن)

اشاره

(و ینقسم إلی ثلاثه فصول)

الفصل الأول فی (بیان المسائل المتعلقه برکن الرهن)

(ماده: ۷۰۶) ینعقد الرهن بإیجاب الراهن و المرتهن و قبولهما، و لکن لا یتم الرهن و لا یلزم ما لم یکن ثم قبض الرهن، بناء علیه للراهن ان یرجع عن الرهن قبل التسلیم.

اشتملت هذه الماده علی أمرین مهمین من مباحث الرهن.

الأول-: ان الرهن من العقود فیحتاج تحققه إلی إیجاب و قبول، و لکن إیجاب الراهن و قبول المرتهن لا- کما فی (المجله) إیجابهما و قبولهما، و کونه من العقود مما لا ینبغی الریب فیه بل لعله مما اتفق علیه فقهاء

المـذاهب اجمع، و لكن يكفى فيهمـا كـل ما دل على إنشاء معناهما كما نص عليه فى الماده التاليه (۷۰۷) إيجاب الرهن و قبوله هو قول الراهن:

رهنتك هذا الشى ء فى مقابله دينى أو لفظ آخر فى هذا المال و قول المرتهن قبلت أو رضيت أو لفظ آخر يدل على الرضا و لا يشترط إيراد لفظ الرهن مثلا- لو اشترى أحـد شـيئا و اعطى للبائع مالا و قال له أبق هذا المال عندك الى ان أعطيك ثمن المبيع يكون قد رهن ذلك المال.

الثـانى-: ممـا اشـتملت عليه المـاده السـابقه اشتراط قبض العين المرهونه فى الرهن، و هـذه المسأله من مسائل الخلاف عنـدنا، و المعروف فيها ثلاثه أقوال.

(الأول) انه شرط فى صحه الرهن فيكون نحو اشتراطه فيه نحو اشتراطه فى الهبه فلا يكون للعقد اى اثر بدونه.

(الثـانى) انه شـرط فى لزومه فيكون العقـد قبـل القبض مؤثراً لتعلق حق بـالعين و لكن على نحو الجواز لا اللزوم فله ان يرجع قبل القبض فيبطل العقد بخلافه بعد القبض. و هذا هو الظاهر من عباره (المجله) فى هذه الماده.

(الثالث) انه غير شـرط لا فى لزومه و لا صحته و حال القبض فيه حاله فى سائر عقود المعاوضات مثل البيع و الإجاره حيث يجب على كل من المتعاقـدين تسـليم ما وقع عليه العقد الى الآخر بمقتضـى حكم المعاوضه، و لعل هذا هو الأوفق بالقواعد، و الأقرب الى مفاد الأدله و هى عمومات الرهن و عدم المخصص لها سوى ما يتوهم من قوله تعالى (فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ)

و فى الحديث (لا رهن إلا مقبوضاً) و دعوى الإجماع الذى لم نتحققه، أما الآيه فمن تدبر ما قبلها و ما بعد لا يجدها فى مقام التعرض لشرائط الرهن و مقوماته و لا ـ فى مقام الوجوب و الا ـ إلزام و انما هى فى مقام الإرشاد إلى التوثق فى الدين و أخذ الحائطه بالكتابه و الاشهاد و ما الى ذلك.

و لا يبعد ان المراد فى الآيه و الحديث بيان ان الرهن يلزم ان يكون عيناً يمكن قبضها حين العقد لا ديناً فى الذمه، و لعل إليه الإشاره بتأنيثه فى الآيه أى عيناً مقبوضه.

و «بالجمله» فليس من دليل صريح فى توقف عقد الرهن على القبض لا لزوماً و لا صحه، و ليس حاله بالنسبه إلى القبض الا حال سائر العقود فإذا جرى عقد الرهن إيجاباً و قبولا وجب على الراهن ان يقبض المرتهن العين المرهونه، ثم اما ان ينفقا على بقائها عنده إلى الأجل أو عند الراهن أو عند أمين ثالث بينهما، و لكن ليس للراهن بعد العقد الرجوع عن الرهن خلافاً لما فى «المجله» الموافق للمشهور عند فقهائنا، و عقد الرهن كسائر العقود يكفى فيه كل ما يدل عليه و لكن بالصراحه و لو بمعونه القرينه و لا ينعقد بالمجازات البعيده، و الكنايات الغامضه، كما فى ماده «۷۰۷»

الفصل الثانی فی «بیان شروط انعقاد الرهن»

«ماده: ۷۰۸» یشترط ان یکون الراهن و المرتهن عاقلین و لا یشترط ان یکونا بالغین حتی جاز رهن الصبی الممیز و ارتهانه.

اما عند الإمامیه فیشترطون البلوغ أیضاً قولا واحداً، و ان یکون مختاراً قاصداً، لا مکرهاً و لا هازلا.

«ماده: ۷۰۹» یشترط ان یکون المرهون صالحاً للبیع بناء علیه یلزم ان یکون موجوداً، و مالا متقوماً، و مقدور التسلیم فی وقت الرهن.

لما کان الرهن بحسب حقیقته وثیقه علی الدین فلازم ذلک ان یکون مالًا ذا قیمه یمکن عاده حصول الوثوق و الاطمئنان به فی تأمین حق المرتهن الدائن، و حینئذ فلا یصح رهن مالا مالیه له کالهوام و الحشرات، و لا رهن ما لا وجود له حال الرهن، فلا یصح رهن ما سیوجد کثمره الشجره و حمل الدابه و یلزم ان یکون ملکا طلقا، فلا یصح رهن الوقف و مال المفلس و ترکه المیت التی تعلق بها حق الغرماء، بل لا یصح

أیضاً رهن العین المرهونه عند مرتهن آخر الا برضا المرتهن الأول و هکذا، و ان یکون مقدور التسلیم حین الرهن، فلا یصح رهن العبد الآبق و الدابه الشارده و المال الساقط فی البحر و أمثال ذلک، و ان یکون عیناً فلا یصح رهن المنفعه، و قد جعلت «المجله» ضابطه العین التی یصح رهنها هی العین التی یصح بیعها و لکنک عرفت فی «الجزء الأول ص- ۷۲-» التأجیل فی صحه هذه الضابطه، و المناقشه فی الکلیه القائله: ان «کل ما یصح بیعه یصح رهنه» و انها تنتقض بالدین الذی یصح بیعه اتفاقاً و لا یصح رهنه اتفاقاً و المشاع فإنه یصح بیعه و لا یصح رهنه اتفاقاً و المشاع فإنه یصح بیعه و لا یصح رهنه عند الأکثر إلا بعد قسمته کی یمکن قبضه فعلا، و المنافع لو قلنا بصحه بیعها و لکن لا یصح رهنها اتفاقاً و ان کان لا مانع منه عقلًا و اعتباراً.

نعم عکس القاعده مسلم لا ریب فیه فان کل مالا یصح بیعه لا إشکال فی انه لا یصح رهنه و لیس عندنا- ما یصح رهنه و لا یصح بیعه- هذا کله فی شروط العین المرهونه.

و اما الحق الذی یصح الرهن علیه فقد اتفقوا علی ان الحق الذی یصح الرهن علیه هو الکلی الذی استقر اشتغال الذمه به سواء کان قرضاً أو ثمن مبیع أو سلماً أو مهراً أو فدیه خلع أو نفقه أو أرش جنایه أو أرش معیب أو غیر ذلک، هذا هو الأصل فیما یصح الرهن علیه، ثم توسعوا فجوزوه علی العین کما أجازوه فی الدین فقالوا: بصحه الرهن علی الأعیان المضمونه کالمغصوب و درک المبیع و المقبوض بالسوم و بالعقد

الفاسد و هكذا سائر ما يتعلق به الضمان من الأعيان و لا يخرج إلا الأمانات لأنها غير مضمونه كما نصت عليه ماده (۷۱۰) يشترط ان يكون مقابل الرهن مالًا مضموناً بناء عليه يجوز أخذ الرهن لأجل مال مغصوب و لا يصح لأجل مال الأمانه.

و تخصيصه بخصوص الديون- كما لعله الأشهر- ليس له حجه ظاهره كتخصيصه بالحق الثابت فعلًا اى حال الرهن فلا يجوز الرهن على ما يستقرضه أو ما سيغرمه أو ما سوق يجنيه أو ما أشبه ذلك و عدم صحه الرهن على مثل هذه الحقوق المفترضه التى لم تحصل هى و لا أسبابها مما لا ريب فيه، انما الكلام فيما تحقق سببه و مقتضيه، كعقد الزواج الذى هو سبب لوجوب النفقه على الزوج و الطلاق الذى هو مقتض لوجوب نفقه العده و أمثال ذلك، و الأصح صحه الرهن عليها و كفايه هذا المقدار من الاستعداد، لتعلق الحق، و بهذا الملاك صح الرهن على ضمان درك المبيع أو الثمن لو ظهر مستحقاً للغير.

(الفصل الثالث) فى (زوائد الرهن المتصله و فى تبديل الرهن و زيادته بعد عقد الرهن)

(ماده: ۷۱۱) كما ان المشتملات الداخله فى البيع بلا ذكر تدخل فى الرهن

أيضاً كذلك لو رهنت عرصه تدخل فى الرهن أشجارها و أثمارها و سائر مغروساتها و مزروعاتها و ان لم تذكر صراحه.

هذا مع الإطلاق أو العرف الخاص فواضح اما بدونهما فالمتبع التقييد.

«ماده: ۷۱۲» يجوز تبديل الرهن برهن آخر،

مثلا- لو رهن أحد ساعه فى مقابله كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك لو اتى بسيف و قال: خذ هذا بدل الساعه، و رد المرتهن الساعه و أخذ السيف يكون السيف مرهوناً مقابل ذلك المبلغ.

مدرك هذه الماده و اللتين بعدها «۷۱۳ و ۷۱۴» زياده الرهن على الدين الواحد كزياده الدين على الرهن الواحد يعنى لو كان الرهن على مائه ثم أخذ من المرتهن مائه أخرى على ان يكون الرهن على المائتين أو ضم الساعه الى السيف على المائه الواحده ان الحق بينهما فإذا تراضيا و أوقعا العقد ثانياً على الزائد أو الناقص صح ذلك لوجود المقتضى و عدم المانع.

«ماده: ۷۱۵» الزائد الذى يتولد من المرهون يكون مرهوناً مع الأصل.

هذا مع الإطلاق مما لا اشكال فيه فان فوائد العين المرهونه تتبع الأصل انما الكلام انه هل يصح اشتراط إطلاقها على ان يتصرف بها الراهن كيف شاء أم لا يصح ذلك؟ وجهان من عموم أدله الشروط و من انه مناف لمقتضى عقد الرهن فان مقتضى طبيعه عقد الرهن منع الراهن و المرتهن من التصرف و استيفاء المنافع من العين المرهونه تصرف فيها و هذا هو الأقوى.

(الباب الثانی) فی (بیان مسائل تتعلق بالراهن) (و المرتهن)

اشاره

من خواص عقد الرهن الذی یعز النظیر له فیها انه لازم من أحد الطرفین جائز من الطرف الآخر، فمن جهه الراهن لازم، و من جهه المرتهن جائز، و سره واضح لا یحتاج الی بیان، کما نصت علیه ماده (۷۱۶) المرتهن له ان یفسخ الرهن وحده- ای و ان لم یرض الراهن و ماده (۷۱۷) لیس للراهن فسخ عقد الرهن بدون رضا المرتهن- فإذا رضی انفسخ لأن الحق له و قد أسقطه فیسقط قهراً حتی مع عدم رضا الراهن، اما لو اتفقا معاً علی الفسخ فبالطریق الاولی ینفسخ کما فی ماده «۷۱۸» إذا اتفق الراهن و المرتهن لهما فسخ الرهن، و لکن من الغریب قول «المجله» هنا: و للمرتهن حبس الرهن و إمساکه الی ان یستوفی طلبه من الراهن بعد الفسخ فإنهما إذا اتفقا علی الفسخ و فسخ المرتهن الذی هو صاحب الحق فأی حق له فی حبس الرهن بعد الفسخ؟ و هل هذا إلا التناقض بعینه و التهافت بنفسه؟ فتدبرها جیداً فإنها نکراء.

و لازم صحه الفسخ ان یرد المرتهن العین المرهونه- لو کانت عنده- الی

الراهن، و يحرم عليه إمساكها بعد الطلب و يكون ضامناً لو تلفت مطلقاً، و لا يعقل ان يتوقف الفسخ على التسليم و هو من آثاره فتدبر.

(ماده: ٧١٩) يجوز ان يعطى المكفول عنه رهناً لكفيله.

هذا فى كفاله المال- اى الضمان- واضح لان المكفول عنه مديون للكفيل بما كفل إذا كان بطلبه و اذنه، اما فى كفاله النفس فمشكل حتى لو قلنا بصحه ضمان العين فتأمل.

(ماده: ٧٣٠) يجوز ان يأخذ الدائنان من المديون رهناً ان كانا مشتركين فى الدين أولا إلخ ..

هذه الماده و ما بعدها التى هى عكسها مدركهما واحد و هو حصول التوثق فى كلا الصورتين و كان ينبغى جمعهما بماده واحده فى عباره موجزه فيقال: يصح رهن العين الواحده على ديون متعدده لواحد أو متعدد كما يصح رهن الأشياء المتعدده على دين واحد أو متعدد لواحد أو متعدد، فتفيد معانى كثيره فى عباره يسيره فتدبر.

الباب الثالث فی بیان المسائل التی تتعلق بالمرهون الرهن

اشاره

(و ینقسم الی فصلین)

الفصل الأول فی (بیان مئونه المرهون)

«ماده: ۷۲۲» علی المرتهن ان یحفظ الرهن بنفسه أو بمن هو أمینه کعیاله و شریکه و خادمه.

کان اللازم أولا بیان ان عقد الرهن ما الذی یقتضیه حسب طباعه و إطلاقه هل هو بقاء العین المرهونه عند الراهن أو المرتهن؟ أو عند ثالث أو لا اقتضاء له فی شی ء من هذه الناحیه؟؟ بل یتبع ما یتفقان علیه، و هذا هو الأصح و لا ینافیه اعتبار القبض عند الأکثر إذ لا ملازمه بین قبض المرتهن و بقائه عنده فان اتفقا بعد قبضه و انعقاده علی وجه فهو، و ان تشاحا

رجعت القضيه إلى حاكم الشرع فيضعه عند عدل مؤتمن و ان اتفقا على وضعه عند المرتهن وجب عليه حفظه كما فى المتن فى هـذه المـاده و ماده (۷۲۳) المصـارف الـتى تلزم لمحـافظه الرهـن كـأجره المحـل و النـاظر على المرتهـن، و لكن انمـا تلزم على المرتهن بالشـرط و الا فإطلاق العقد لا يقتضـى ذلك بل الواجب عليهما ان يعينا ذلك و كون القبض لمصـلحه لا يقتضى تعيين ذلك عليه ضروره أن المصلحه مشتركه بينهما، نعم الإطلاق يقتضى كون العلف و اجره الرعى و الراعى ان كان حيواناً- كما فى ماده (۷۲۴) على الراهن، و ان كان عقاراً فتعميره و سـقيه و تلقيحه و تطهير خرقه و سائر مصارفه التى هى لإصـلاح منافعه و بقائه عائـده إلى الراهن أيضـاً فـإن بـذلها أو اذن المرتهن ان ينفقها اسـتحق المرتهن الرجوع بها عليه و ان لم يأذن و لم يـدفع اسـتأذن المرتهن الحاكم و كان له حق الرجوع و ان أنفق بدون اذن الراهن و لا الحاكم كان متبرعا لا يستحق الرجوع على الراهن بشى ء كما ان الراهن لو أنفق ما يجب على المرتهن إنفاقه بدون اذنه لا يسـتحق الرجوع به أيضاً لأنه بحكم المتبرع كما فى ماده (۷۲۵) كل من الراهن و المرتهن إذا صرف على الرهن ما ليس عليه بدون اذن الآخر يكون متبرعاً و ليس له ان يطالب الآخر بما صرفه.

الفصل الثانی فی الرهن المستعار

[ماده: ۷۲۶] یجوز ان یستعیر أحد مال آخر و یرهنه باذنه و یقال لهذا الرهن المستعار.

تقدم فی (الجزء الأول) التعرض لهذه القضیه و انها من معضلات فنّ الفقه إذ کیف یرهن إنسان علی دینه مال غیره مع انه (لا رهن إلا فی ملک)؟ ثم کیف بعد ذلک یباع مال إنسان قهراً علیه و یوفی به دین غیره؟ و کیف یدخل العوض فی ملک غیر من خرج منه المعوض؟

ثم ان العاریه بطبیعتها عقد جائز للمعیر ان یرجع بها متی شاء فکیف صارت هنا لازمه لا یقتدر المالک علی الرجوع بها إلا بأداء الدین و هو غیر مستدین، فالحکم بصحه الرهن هنا تحتاج الی علاج کل هذه المخالفات المنافیه للقواعد الاساسیه و محکمات الفقه، و قد سبق البحث فی بعض هذه الجهات و سیأتی کثیر من احکام الرهن المستعار فی الفصل الثانی و کان اللازم ذکرها أجمع فی هذا الفصل و کیف کان فلا ریب ان الرهن المستعار تابع سعه و ضیقا لاجاره المالک و مقدار رخصته فی الإطلاق و التقیید فلو قید ان یرهنه فی زمن

معين أو على مقدار معين أو شخص معين يلزم الراهن الاقتصار على محل الرخصه فلو تجاوز بطل الرهن و ان أطلق المالك كان للراهن ان يرهنه كيف شاء كما نصت على ذلك مادتا (۷۲۷ و ۷۲۸)،، و كان ينبغى للمجله التنبيه على ان المستعير لو تجاوز موضع الاذن و تلف المال عنده أو عند المرتهن ضمنه للمعير مطلقاً و الا فلا ضمان الا مع التعدى.

الباب الرابع فی (بیان احکام الرهن

اشاره

و ینقسم إلی أربعه فصول)

الفصل الأول

(ماده: ۷۲۹) حکم الرهن هو ان یکون للمرتهن حق حبسه الی حین فکه، و ان یکون أحق من سائر الغرماء باستیفاء الدین من الرهن إذا توفی الراهن.

إذا تم عقد الرهن یترتب علیه عده أحکام تکلیفیه و وضعیه، اما التکلیفیه فمثل حرمه تصرف کل من الراهن و المرتهن بالعین المرهونه مطلقاً الا ـ ما یعود الی حفظ العین کسقی الدابه و علفها و نقل المتاع من محل الی آخر احفظ و أمثال ذلک، اما الوضعیه فهی کثیره (منها) حق حبس العین علی الراهن و منعه من التصرف فی ملکه الا برضا المرتهن، و لیس معنی الحبس ان یحبسها المرتهن عنده فان ذلک لیس من مقتضیات الرهن بل المراد حبس المالک عن التصرف فلا یصح بیعه و لا إیجاره و لا رهنه ثانیاً و لا هبته إلا برضا المرتهن.

و (منها) ان الراهن لو فلسه الحاکم فالمرتهن لا یضرب مع الغرماء کاملًا فان زاد منه شی ء رده الی بقیه الغرماء و ان نقص ضرب معهم

فی بقیه الأموال.

و (منها) انه لو مات الراهن فان فک الورثه الرهن و الا کان المرتهن أحق به من سائر الغرماء سواء قصرت الترکه عن الدیون أم لا.

و (منها) انه لو امتنع الراهن عن وفاء الدین کان للمرتهن ان یرفع امره الی الحاکم فیبلغ المرهون و یدفع له دینه و یدفع الباقی للراهن ان بقی شی ء سواء کان الامتناع عن عجز أو مماطله.

و من هذا البیان تعرف خلل عباره (المجله) و قصورها عن الوفاء بما یجب فی هذا البحث.

(ماده: ۷۳۰) لا یکون الرهن مانعاً عن مطالبه الدین و للمرتهن صلاحیه مطالبته بعد قبض الرهن أیضاً.

الرهن لا یغیر الدین و لا یبدله، و لا یقدمه و لا یؤخره، فهو علی حاله ان کان مؤجلا فمؤجل و ان کان معجلا فمعجل و له المطالبه بدینه عند حلول اجله و لا یمنعه وجود الرهن من ذلک.

(ماده: ۷۳۱) إذا أوفی مقداراً من الدین لا یلزم رد مقدار من الرهن الذی هو فی مقابله،

و للمرتهن صلاحیه حبس مجموع الرهن و إمساکه الی ان یستوفی تمام الدین.

نسبه الرهن الی الدین تتصور علی أنحاء یمکن ان یکون قصد المتراهنین متجهاً الی واحد منها.

(الأول) نحو مقابله المجموع بالمجموع و لازم هذا ان یفک تمام الرهن بأداء جزء من الدین و لو قلیل.

«الثانی» ان یکون علی نحو مقابله الجمیع التی تقتضی التوزیع، و لازم هذا انه کلما ادی جزء انفک من الرهن بمقداره.

«الثالث» ان یکون بنحو مقابله الکل بالجزء و هذا عکس الأول فإن لازمه ان یبقی تمام الرهن محبوساً الی أداء تمام الدین فلو ادی تمام الدین عدا جزء یسیر منه بقی الرهن بتمامه علی الجزء و هو الذی ذکرته «المجله» و الأصح ان یقال: انه إذا ظهر من قصد الراهنین أحد تلک المعانی تعین و الا- أی مع الإطلاق- فالقاعده تقتضی الوسط علی القاعده المعروفه عندهم من ان مقابله الجمع بالجمع تقتضی التوزیع، و لکن المشهور عندنا علی الظاهر هو النحو الأخیر المختار للمجله و لعل مدرکهم أنه ألصق بالتوثق و الاحتیاط لاسترداد الدین و هو و ان کان کذلک و لکن تعیین هذا النحو من التوثق یحتاج الی معین و هو مفقود فلیتدبر.

نعم لا اشکال فیما لو کان علیه دینان و لکل منهما رهن فان دفع دین أحدهما انفک ما یقابله من الرهن و بقی الآخر کما ذکرته بقولها: و لکن لو کان المرهون شیئین و کان تعین لکل منهما مقدار من الدین إذا أدی مقدار ما تعین لأحدهما فللراهن تخلیص ذلک فقط.

«ماده: ٧٣٢» لصاحب الرهن المستعار أن یؤاخذ الراهن المستعیر لتخلیصه و تسلیمه إیاه،

و إذا کان المستعیر عاجزاً عن أداء الدین لفقره فللمعیر أن یؤدی ذلک الدین و یستخلص ماله من الرهن.

یعنی لا حق له باسترداد الرهن من المرتهن الا بان یؤدی الدین هو أو المستعیر أو متبرع، و بهذا خرجت هذه العاریه عن بابها، و إذا أدی

المعير الـدين لتخليص ماله رجع به على المسـتعير قطعاً. و كان من حق التحرير وضع هـذه الماده و ماده «۷۳۵» و «۷۳۶» و «۷۳۷» فى الفصل المتقدم المعقود لأحكام «الرهن المستعار» و اقحامها فى هذا الفصل مع عدم الربط و المناسبه خلل ظاهر و كيف كان فهذا الأثر أيضاً من الأوضاع التى خالفت الأصول و القواعد التى أشرنا إليها سابقاً، و هذه القضيه و ذيولها هى و التبرع بوفاء دين الغير شـعبتان من شـجن واحـد و من التأمل فى تخريـج وجهه يسـتخرج وجه تطبيقهما جميعاً على القواعد، فاسـتخرجها بفكرك الثاقب، و نظرك الدقيق و اللّه التوفيق.

«ماده: ۷۳۳» لا يبطل الرهن بوفاه الراهن و المرتهن.

بل ينتقل حق الرهن و حبس العين إلى ورثه المرتهن. كما ينتقل الدين من ذمه الراهن الى تركته فيجب على الوصى و الورثه اما فكها بأداء الـدين من تركته أو دفع التركه إلى المرتهن الدائن و ان كان الوارث صـغيراً فوليه و ان كان غائباً كبيراً فالحكم ان لم يمكن حضوره أو توكيله، و ممـا ذكرنـا يظهر الخلل فى ماده «۷۳۴» إذا توفى الراهن فـان كان وارثه كبيرا يلزمه تأديه الـدين من التركه و تخليص الرهن و ان كان صغيراً أو كبيراً غائباً بغيبه بعيده فالوصى بإذن للمرتهن ببيع الرهن و يوفى الدين من ثمنه،،، بل الوصى و قيم الصغير أو الحاكم يتولون بيع الرهن بإذن المرتهن و وفاء الدين منه.

و ماده «۷۳۵» تقدم مضمونها فى طى ماده (۷۳۲) و حاصله: ان المعبر لا حق له بأخذ الرهن الا بعد وصول دين المرتهن اليه سواء كان

المستعير الراهن حياً أو ميتاً، و لكن لا يجبر على أداء الدين لأن الإنسان لا يجبر على أداء دين غيره و انما يجبر المستعير المديون فلو كـان عـاجزاً فقيراً تحرجت المسـأله كثيراً و لا ـ مناص من الحكم بان الرهن يبقى عنـد المرتهن فاما ان يخلصه المالك المعير بأداء الدين باختياره أو يرفع المرتهن امره الى الحاكم فيبيعه لوفاء الدين بمراجعه المعير المالك.

(ماده: ۷۳۶) لو توفى الراهن المستعير حال كونه مفلساً مديوناً يبقى الرهن المستعار فى يد المرتهن على حاله مرهوناً

و لكن لا يباع بـدون رضا المعير و إذا أراد المعير بيع الرهن و إيفاء الدين فان كان ثمنه يوفى الدين فيباع من دون نظر الى رضـا المرتهن و ان كان ثمنه لا يوفى الدين فلا يباع من دون رضا المرتهن.

قـد تكرر بيـان ان التصـرف فى العين المرهونه لا ـ يجوز الا ـ برضـا الراهن و المرتهن و يزيـد هنا انه لا بـد أيضاً من رضا المالك المعير و اذنه لأن العين لا تزال فى ملكه و ان كان للمرتهن حق فيها، اما لو توفى الراهن المستعير مفلساً انحصر الأمر بين المعير و المرتهن فلا بد من رضاهما معاً سواء كان الرهن يوفى أم لا فقول (المجله) فيباع من دون نظر الى رضا المرتهن- غير سديد.

«ماده: ۷۳۷» لو توفى المعير و دينه أزيد من تركته يؤمر الراهن بتأديه دينه و تخليص الرهن المستعار

«اى يأمره حاكم الشرع» و ان كان عاجزاً عن تأديه الدين بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار عند المرتهن مرهوناً على حاله و لكن لورثه المعير أداء الدين و تخليصه و إذا

طـالب غرمـاء المعير بيع الرهن فـان كـان ثمنه يوفى الـدين يباع من دون نظر الى رضا المرتهن و ان كان لا يوفى فلا يباع بـدون رضاه.

فى هذا الفرض تصـبح العين متعلقاً لجمله حقوق حق المالك المعير الذى انتقل إلى غرمائه و حق الورثه و حق المرتهن و طريق التخلص بعد عجز الراهن ان يخير الورثه بين دفع الدين و تخليص العين و بين بيعها و أداء الدين من ثمنها فان زاد من الثمن شى ء يـدفع الى الغرماء أو يتقبلوها بقيمتها و يـدفعون حق المرتهن فان زاد فللغرماء، هـذا بناء على ما هو الأصـح عنـدنا من ان أعيان التركه تنتقل إلى الورثه و لكن محجور عليها بحق الغرماء فتشبه العين المرهونه.

إما ماده (۷۳۸ و ۷۳۹ و ۷۴۰) فهى مع انها تقدمت فى غايه الوضوح لا تحتاج الى اى تعليق.

و أما- مادتا (۷۴۱ و ۷۴۲) فالمقصود منهما بيان حكم تلف العين المرهونه فهى خداج لم تستوف صور التلف كلها.

و «تحرير هـذا البحث» بوجه جـامع- ان تلف العين المرهونه امـا ان يكون سـماوياً أو بشـرياً، و التلف السـماوى لاـ محاله يوجب بطلاـن الرهن لزوال موضوعه و لا يلزم الراهن شـى ء و يبقى الـدين طلقاً بلا رهن، و اما الثانى فالمتلف اما الراهن أو المرتهن أو أجنـبى فـإن كـان هو الراهن وجب عليه غرامه المثـل أو القيمه ليكون رهنـاً فى مكـان الرهن الـذى أتلفه، و ان كـان هو المرتهن فالغرامه عليه و مقتضى القاعده ان يدفع المثل أو القيمه ليكون رهناً و لكنهم حكموا هنا: انه يسقط منه بمقدار دينه

و كأنهم جعلوه من أسباب التهاتر و هو مع كونه من جنس الدين ليس بالبعيد و فى صوره الاختلاف مشكل إلا مع التراضى، أما لو كان المتلف أجنبياً فلا إشكال فى الغرامه و تكون قيمته رهناً.

(الفصل الثانى) فى (تصرف الراهن و المرتهن فى الرهن)

[ماده: ۷۴۳] يبطل رهن الخارج الرهن بدون اذن الراهن و المرتهن عند غيره.

لعل فى النسخه غلطاً، و إلا فالعباره كما ترى مشوهه الخلقه مع شديد التعقيد، و لعل المراد ان رهن كل واحد من الراهن و المرتهن العين المرهونه عند ثالث باطل إلا برضاهما معاً- أو ان رهن الأجنبى العين المرهونه باطل إلا بإذنهما، و الأول أنسب بالفصل المعقود لتصرف الراهن و المرتهن لا لنصرف الأجنبى، و كيف كان فقد مر مكرراً- ان الراهن و المرتهن ممنوعان من مطلق التصرف فى العين المرهونه سواء التصرفات الناقله كالبيع و الهبه أو غير الناقله كاللباس و السكنى، اما التصرفات الاستغلاليه كالإجاره و بيع الثمره و جمع الحليب و الصوف و أمثالهما فلا ينبغى الإشكال فى جوازه كما ربما يظهر من كلمات الفقهاء و لكن تعود القيمه رهنا مع الأصل، و من جمله التصرفات رهن العين المرهونه عند

ثـالث فـإنه لا يجوز الا باتفاقهما، و تحرير المسأله ان الراهن- اى المسـتدين ثانياً- اما ان يكون هو المالك- اى الراهن الأول- و هذا لا مانع منه فإنه كما لو رهن العين الواحده ابتداء عند شخصين على دينين فيشتركان فى ان لكل من المرتهنين بل الأكثر حق الاستيفـاء من العين امـا عرضـاً أو مرتين الأـول فالأول، و اما ان يكون الراهن هو المرتهن على دين له و هـذا أيضاً لا مانع منه مع الاـذن و يكون من بـاب الرهن المسـتعار و يشترك المرتهن الأول و الثانى فيها، و مثله ما لو كان الراهن أجنبياً بإذنهما على دين له، ثم المرتهن امـا ان يكون هو المالـك- اى الراهن- و هـذا ممـا لا معنى له أصـلا إذا لا يعقل رهن المال عنـد مالكه، و اما ان يكون هو المرتهن الأول و هذا معقول أيضاً و يكون كرهن العين الواحده على دينين عند واحد، و مثله ما لو كان المرتهن أجنبياً و يكون كرهن العين الواحده عند شخصين على دينين.

و من جميع ذلک تعرف فساد ما فى ماده (۷۴۴) إذا رهن الراهن الرهن بإذن المرتهن عند غيره يصح الرهن الثانى و يبطل الرهن الأول،،، بل يصـحان معاً لعـدم التزاحم بينهما سـيما مع سـعه العين لكلا الـدينين و مع عدم السـعه فيحتمل تقديم الأول أو تقديم الثانى أو التوزيع بالنسـبه، كفساد ماده «۷۴۵» إذا رهن المرتهن الرهن بـإذن الراهن عنـد الغير يبطل الرهن الأول و يصـح الثانى و يكون من قبيل الرهن المسـتعار،،، بل يصـحان معاً فان فك الراهن الأول الزم المرتهن الأول بفكه و إلا جرى عليه احكام (الرهن المستعار) المتقدمه و الا فالمرتهن الأول يسد من دينه حق المرتهن

الثانى علیه فان زاد رده الى المالک و هو الراهن الأول، ثم ان مقتضى توقف تصرف كل منهما على اجازه الآخر انه لو باع الراهن فإن أجاز المرتهن نفذ و بقى الثمن رهنا و ان رد فالمشترى مخير بين الصبر الى فك الرهن و بين الفسخ فعلًا الا ان يدفع الدين فينفذ، و ان باع المرتهن فأجاز الراهن كان الثمن أيضاً رهناً و ان رد بطل، و هذا خلاصه ما ذكرته (المجله) فى ماده «۷۴۶» و ماده «۷۴۷» زياده و اختصارا، و كما يصح البيع برضاهما تصح العاريه أيضاً بل و غيرهما من المعاملات التعاوضيه، اما المجانيه كالهبه فهى إبطال للرهن بلا ريب، و كما يصح إعارته برضاهما للأجنبى كذلك يصح ان يعيره أحدهما للآخر، و معنى العاريه هنا إباحه الانتفاع أو تمليک المنافع فان كلا منهما ممنوع منه بدون رضا الآخر كما سبق فى ماده «۷۴۸» لكل من الراهن و المرتهن اعاره الرهن بإذن صاحبه،،، و لكن إعارته لا تبطل رهينته حتى يحتاج إلى إعارته الى الرهينه فلا محل لقول «المجله» و لكل منهما إعادته إلى رهينته بعد ذلک، بل لا معنى لهذا الكلام أصلا كما لا يخفى على المتأمل كما ان قولها فى ماده «۷۴۹» للمرتهن ان يعير الرهن للراهن، و بهذه الصوره لو توفى الراهن فالمرتهن يكون أحق بالرهن من سائر غرماء الراهن، فان هذا الكلام مستدرک إذ العاريه لم تبطل الرهن و لا اختصاص لهذه الصوره بالحكم المذكور بل فى جميع صور الرهن يجرى الحكم المزبور، اما الانتفاع فقد عرفت انها أيضاً محبوسه عن كل واحد منهما الا برضا الآخر فلو أباحها الراهن للمرتهن فان أباحها بثمنها حسبت من دينه و الا كانت له مجاناً فقول (المجله)

و لا يسقط من الدين شيء فى مقابل هؤلاء- على إطلاقه غير صحيح- كعدم صحه الإطلاق فى ماده «۷۵۱» إذا أراد المرتهن الذهاب الى بلد آخر فله ان يأخذ الرهن معه إذا كان الطريق آمناً،، بل و الصحيح انه لا يجوز ان يأخذ الرهن معه مطلقاً الا إذا خاف عليه لو أبقاه فى محله و كان نقله الى بلد آخر أو محل آخر احفظ فليتدبر.

(الفصل الثالث) فى بيان احكام الرهن الذى هو فى يد العدل

(ماده: ۷۵۲) يد العدل كيد المرتهن

يعنى لو اشترط الراهن و المرتهن إيداع الرهن عند من ائتمنه و رضى الأمين و بقبضه يتم الرهن و يلزم و يقوم ذلک الأمين مقام المرتهن.

«ماده: ۷۵۳» لو اشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن

ثم لو وضعه الراهن و المرتهن بالاتفاق فى يد عدل يجوز.

«ماده: ۷۵۴» إذا كان الدين باقياً فليس للعدل ان يعطى الرهن الى الغير

ما لم يكن لأحد الراهن و المرتهن رضا و إذا أعطاه فله صلاحيته استرداده و إذا تلف قبل الاسترداد فالعدل يضمن.

«ماده: ٧٥٥» إذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره

بتراضى الطرفين و إذا لم يحصل بينهما الاتفاق فالحاكم يضعه فى يد عدل.

خلاصه هـذا الفصل يبتنى على ما سبق بيانه من ان طبيعه عقـد الرهن لا تقتضـى كون بقاء الرهن عنـد الراهن أو المرتهن أو عند ثالث فهو من هـذه الجهه لا اقتضاء فان اتفقا على بقائه عنـد أحـدهما تعين و ان تشاحا وضـعه الحاكم عند عدل و لا يجوز له ان يـدفعه إلى أحـدهما بـدون رضـا الآخر بل يـدفعه إليهما أو الى الحاكم لو تعـذر مراجعتهما أو اتفاقهما و لو دفعه الى أحـدهما و تلف ضـمن للآخر، و لو مات العدل فان اتفقا فهو و الا وضـعه الحاكم عند عدل آخر هذا كل ما اشـتملت عليه مواد هذا الفصـل مع الاختصار و حذف الفضول فإنه معانى قليله فى عبارات طويله.

(الفصل الرابع) فى (بيع الرهن)

(ماده: ٧٥۶) ليس لكل من الراهن و المرتهن بيع الرهن بدون رضا صاحبه.

و هذا واضح معلوم.

(ماده: ٧٥٧) إذا حل وقت أداء الدين و امتنع الراهن عن أدائه

فالحاكم يأمره ببيع الرهن و أداء الدين فان ابى و عائد باعه الحاكم وادى الدين.

أو يتقبله المرتهن و يحتسبه من دينه و يـدفع الزائـد لو كـان، و مع غيبه الراهن و عـدم إمكـان الوصول و حلول الأجـل فالمرجع الحـاكم فی البيع و الوفـاء لولا۔يته العامه كما فی ماده (۷۵۸) إذا كـان الراهن غائبـاً و لم تعلم حيـاته و لا۔ مماته فالمرتهن يراجع الحاكم على ان يبيع الرهن و يستوفی الدين.

(ماده: ۷۵۹) إذا خيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه و إبقاء ثمنه رهناً فی يده

بـإذن الحـاكم و إذا باعه بـدون اذن الحاكم يكون ضامناً كـذلك لو أدرک ثمر البسـتان المرهون و خضـرته و خيف تلفه فليس للمرتهن بيعه إلا بإذن الحاكم و إذا باعه بدون اذن الحاكم يضمن.

كل ذلک حفظاً للمال من الضياع، و الحاكم هو الولی العام.

(ماده: ۷۶۰) إذا حل وقت أداء الدين يصح توكيل الراهن المرتهن

أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن و ليس للراهن عزل ذلک الوكيل من تلک الوكاله و لا ينعزل بوفاه أحدهما أيضاً.

الوكاله عقد جائز اتفاقاً- كما سيأتی فللوكيل ان يعزل نفسه كما للموكل ان يعزله و لا دليل على لزومها هنا بالخصوص غايته انه لو عزل الوكيـل يلزمه الحـاكم بالبيع أو توكيل غيره و بهـذا يحصل الجمع بين الحقوق كما ان الوكاله تبطل بالموت عنـدنا اتفاقاً سواء موت الوكيل أو الموكل و لا معنى لبقائها بعد الموت بل يلزم الورثه مع الوصی وفاء الدين من

الترکه أو بیع العین المرهونه و الوفاء من ثمنها و ان لم یفعلوا تولی الحاکم ذلک.

«ماده: ۷۶۱» الوکیل ببیع الرهن یبیع الرهن إذا حل وقت أداء الدین و یسلم ثمنه الی المرتهن فان أبی الوکیل یجبر الراهن علی بیعه.

اما الوکیل فقد عزل نفسه بامتناعه عن أداء عمل الوکاله فیتعین إلزام الراهن بذلک فان ابی فالحاکم کما فی «المجله»: و إذا ابی و عاند باعه الحاکم و إذا کان الراهن أو ورثته غائبین یجبر الوکیل علی بیع الرهن فإن عائد باعه الحاکم:

الی هنا انتهت مواد «المجله» فی (کتاب الرهن)، و قد أهملت بحثین مهمین من مباحثه (أحدهما) مسقطات الرهن، و (ثانیهما) باب التنازع و الخصومه، و من الحق ان تشیر الی بعض مسائل کل من البحثین علی سبیل الإیجاز إتماماً لفائده.

اما- الأول- فمعلوم ان أسباب سقوط الرهن و زواله مهما تعددت و تنوعت فهی ترجع الی سببین، و هما- سقوط الدین أی براءه ذمه الراهن منه أو إسقاط المرتهن حقه من الرهن مع بقاء الدین، و حیث ان أسباب سقوط الدین کثیره لذا تکثرت أسباب سقوط الرهن.

أولها-: الوفاء و الأداء.

ثانیها-: الاسقاط و الإبراء.

ثالثها-: موت الراهن و المرتهن هو الوارث.

رابعها-: عکسها- موت المرتهن و الراهن هو الوارث.

خامسها-: حواله الدين على آخر.

سادسها-: ضمان الدين و انتقاله إلى ذمه أخرى سابعها-: بيع الدين لآخر.

ثامنها-: هبته لآخر، و ان كانت الهبه هنا ترجع إلى الإسقاط.

و ربما توجد أسباب اخرى لسقوط الدين تظهر بالاستقصاء و التأمل.

اما الثانى و هو إسقاط المرتهن حقه من الرهن فهو معنى واحد و لكن يظهر بصور مختلفه من قول أو فعل أو إشاره، بل و قد يتحقق بالكتابه أيضاً فإنه و ان كان أشبه بالإيقاع، بل هو الإيقاع حقيقه، و الإيقاع كالعقد عندنا لا يتحقق بالكتابه، و لكن حيث ان الشارع كالعرف لم يعتبروا فيه صيغه خاصه- كما اعتبروها فى الطلاق و العتق و غيرهما- كفى كل ما دل عليه.

البحث (الثانى) فى التنازع و الخصومه و يقع المهم منه فى مسائل.

(۱) إذا ادعى الدائن الرهن و أنكره المديون فالقول قوله للأصل.

(۲) إذا ادعى المرتهن ان الرهن الثوب و الكتاب مثلًا و لم يعترف الراهن الا بالثوب فالقول قوله للأصل أيضاً.

(۳) إذا ادعى المرتهن ان الرهن هو الثوب مثلا و قال الراهن بل الكتاب، فهذا و أمثاله يدخل فى باب التداعى و يخرج من باب المدعى و المنكر فان كان لكل منهما بينه فهو من باب تعارض البينات و المرجع فيهما الى المرجحات، و ان لم تكن فالتساقط و التخيير و القول الفصل حكم الحاكم الذى ترفع اليه الدعوى المزبوره، و ان كانت البينه لأحدهما فقط كان

العمل عليها بلا ريب، و ان لم تكن لأحدهما بينه فالتحالف فمن حلف حكم له و ان حلفا معاً تساقطا و حكم بعدم رهن شى ء منهما و هو المعروف عندنا بالانفساخ القهرى.

(۴) إذا ادعى المالك المديون ان العين وديعه عند دائنه و ادعى الدائن انها رهن فالقول قول المالك بيمينه للأصل.

(۵) لو ادعى المالك انها اجاره و ادعى الآخر انها رهن، فالأقرب انه من باب التداعى ان كان النزاع قبل القبض أو بعد قبض العدل، اما لو كان بعد قبض مدعى الرهينه فالأقرب ان القول قوله.

(۶) إذا ادعى المرهن رد العين المرهونه و أنكر الراهن فالقول قوله للأصل.

(۷) إذا ادعى المرتهن التلف و أنكر الراهن فالقول قول المرتهن بيمينه لأنه الأمين.

(۸) لو اعترف بالتلف و ادعى عليه التفريط فالقول قول المرتهن أيضاً للأصل أيضاً و لأنه أمين.

(۹) لو ادعى الراهن ان المرتهن أسقط حق الرهن و أنكر المرتهن فالقول قوله أيضاً.

(۱۰) لو ادعى المرتهن ان العين رهن على الدينين و أنكر الراهن فالقول قوله للأصل أيضاً (۱۱) لو تداعى شخصان على عين فادعى كل منهما انها رهن عنده فقط فلا يخلو اما ان تكون فى يد أحدهما أو فى يدهما معاً أو فى يد ثالث

و على كـل التقـادير فالمالك اما ان يصـدق أحـدهما أو ينفيهما معا أو لا يصـدق و لا ينفى أو لا يمكن مراجعته لغيبه و نحوها، فالقضيه ذات صور متشعبه يدور محورها على أمرين الأول-: ان من صدقه المالك فالقول قوله بيمينه مطلقاً.

الثـانى-: انه حيث لاـ تصـديق من المالـك امـا لغيبه أو لسـبب آخر فـالقول قول صاحب اليـد، و اما ان كانت اليـد لهما فهو باب التـداعى فمن كانت له بينه يقـدم قوله و ان لم يكن بينه أو تعارضت البينتان و لا مرجح فالتحالف فمن حلف قدم قوله مع نكول الآخر و إذا حلفا حكم بالانفساخ القهرى و رجعت العين الى مالكها، و مثلها ما لو كانت فى يـد ثالث فإنه أيضاً من باب التداعى اما البينه و اما التحالف.

[۱۲] إذا ادعى ان العين رهن عنـده فقـط فادعى الآخر انها رهن عنـده أيضاً كانت من باب المـدعى و المنكر و الصور المتقـدمه جاريه هنا أيضاً و المالك مصدق حتى على صاحب اليد لأنه أحق بماله، و اعرف بنفسه، و تنقلب الخصومه بينه و بين الآخر فان كان غائباً أو لا يصدق واحداً منهما فصاحب اليد مقدم بيمينه الا ان يقيم الآخر- و هو المدعى- البينه.

هـذا قليل من كثير من صور النزاع و الخصومه و المتتبع يجد أكثر من ذلک، هذا فى خصوص النزاع فى الرهن، اما الخصومه فى الدين الذى عليه فهى أيضاً كثيره و لكنها خارجه من هذا الكتاب و محلها [كتاب الدين].

و لنختم هنا (كتاب الرهن) سائلين من الحق جل شأنه أن يفك رهائن أنفسنا يوم تغلق الرهون، و تطبق السجون، و (لَا يَنْفَعُ مالٌ وَ لَا بَنُونَ إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ).

تم الجزء الثانى و يليه الجزء الثالث إن شاء اللّه و اوّله (كتاب الأمانات الوديعه و العاريه)

(استدراكات و ملاحظات)

كنا نحسب أو نأمل عنـد انتشار (الجزء الأول) من هـذا الكتاب (تحرير المجله)، و بعـد إنجاز طبعه، و وقوعه بأيدى أهل الفضل، ان يكثر النقد عليه، و البحث و التنقيب فى بحوثه و فوائده، نظراً لاشتراك الفقيه فيه مع الحاكم، و الحقوقى و القانونى، و الأستاذ و التلميـذ، و انتفـاع أكثر الطبقـات به، فلم نجـد شـيئاً من ذلك، و لا اجعل اللوم فى ذلك الا على الظروف القاسـيه، و الحوادث الزمنيه، التى اشغلت أفكار اولى الفضل و المتخصصين بمسائل الفقه و الحقوق عن التوسع و الاضطلاع بمهمتهم و ما هو المتعين عليهم، و لا ريب ان الاضـطرابات العالميه، و هـذه الحروب الطاحنه، أقل تأثيرها حـدوث الفتور، و خمود العزائم عن النشاط الى البحث و الاستقصاء، فى المسائل النظريه و المباحث الجوهريه، الأعلى النادر ممن لا يجد لذه إلا فى العلم و البحث و المطالعه و المراجعه، و لا يعوقه

عن تلك الشئون عائق، و لا يشغله عن تلك العوالم و المعالم شاغل، و لكنهم كانوا قليلا و (قد صاروا أقل من القليل).

و نحن- و المنه للّه وحده- لم يقعد بعزيمتنا، عن مواصله البحث و الكتابه عواصف الزمن، و لم تخمد جمره اشوافنا، لنشر العلوم، نكبات المحن، و لا- عاقبا عن النشر و الطبع أزمه الورق، و ضيق مواد الاقتصاد، و ضعف الرغبات و خمود العزمات، و كان أقصى ما سمعنا من بعض الهنات، أو وجدنا من النقد فى بعض الصحف التعرض لأمور تافهه لا تستحق الذكر، أسمعنا بعض عوض فلى نواصى التحقيقات الأبكار التى نشرها (الجزء الأول) فى حقيقه البيع و الملكيه، و الماضى و المضارع، و الأموال و العهود و الالتزامات.

نعم اسمعونا بدل التعمق فى هذه الدقائق الاعتراض على قولنا ص (۷) فالاماميه فتحوا باب الاجتهاد على مصراعيه- حتى صار يدعيه من لا- يصح ان يطلق عليه اسم المتفقه فضلا عن الفقيه، وليتهم علموا باننا قد كبحنا جماح القلم هنا و هناك و اكتفينا بقليل من كثير، و جرعه من غدير من ويلات هذا البلاء المبرم، و المقام مقام الشكر فى اننا أسدلنا الستار، عن موبقات تلك الأطوار، و أخذنا بأدب الفرقان المجيد «خُذِ الْعَفْوَ وَ أْمُرْ بِالْعُرْفِ وَ أَعْرِضْ عَنِ الْجاهِلِينَ» و صرفنا أو تصرفنا فى كريمه قوله عز شأنه «وَ لْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّهٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» بقوله تعالى «إِنَّكَ لا تَهْدِي مَنْ أَحْبَبْتَ وَ لكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشاءُ».

و ليس بت هذه النفثه من القصد فى شى ء و انما استطردها بيان دواعى

الحرمان من فوائد النقد، و أسباب انصراف الهمم و العزائم عن هذه المغانم و ان أحد تلك الأسباب اليوم هى الظروف القاهره، و المعارك الدائره فى أمم الغرب التى أصبحت تخرب بيوتها بأيديها و عادت مدنيتها و ثقافتها وبالًا على العالم و عليها، و لو انطباع أهل العلم على سجيتها الاولى و نفسيات أرباب الفضيله و علماء الحقوق على رسلها السابق و نهجها القويم قبل هذه الأوضاع العالميه لما أهملت مهمه النقد الصحيح، مع غزاره فوائدها و عظيم منافعها و الحقيقه- كما يقولون- نبت البحث و اضرب الرأى بالرأى يبدو لك وجه الصواب، و تمام عقلك مع أخيك و العصمه و الكمال للّه وحده.

و حقاً- إن زينه الكتاب و حيلته نقده و تمحيصه، بل هو كماله و جماله، و تمامه ان يبدو عوزه و نقصه و يستقصى فليه و فحصه، سيما فى مثل مؤلفنا هذا الذى كتبناه على جرى القلم، و عفو الخاطر، من دون تجديد نظر أو نتيجه مباحثه أو مدارسه، بيد انه صدر فى مثل هذه الظروف المزعجه، و الصروف المحرجه، و أنواع المحن و الأرزاء التى تبلد الأذهان، و تطبع الإنسان بطابع الذهول و النسيان، و بعض هذا ما يكفى للغفله و السهو، و عروض الخطاء و الهفوات فكيف بما هو أعظم و أفظع؟ و لما نظرنا فيه بعد طبعه و نشره وجدنا فيه ما يجدر التنبيه عليه فأحببنا هنا الإشاره الى بعض ذلك على سبيل الحديث المستظرف و القول المستطرف، و نترك الباقى لأهل الفضل إذا نشطت عزائمهم، و حفزتهم عبقريتهم.

فمن ذلک فى (الجزء الأول) ص ۳۰ ماده [۳۴] ما حرم أخذه حرم

إعطاؤه و قد حملنا القاعده هناك على أخذ المال المحرم فان التصرفات فيه تكون محرمه فيحرم إعطاؤه لأنه تصرف فيه و هذا الوجه و ان كان صحيحاً فى ذاته و لكنه ليس هو المقصود من القاعده قطعاً بل القصد غيره أومأ هو أوسع منه نظراً، و أبعد أثرا.

و الذى يليق ان تحمل عليه من المعنى المفيد فائده جديده- هو ان الذى يحرم أخذه كالربا مثلا أو الرشوه أو القمار و إضراب ذلك كما يحرم أخذه يحرم أعطوه- فكما يحرم عليك ان تأخذ الرشوه يحرم عليك ان تعطيها للمرتشى و كما يحرم عليك ان تأخذ الربا يحرم عليك ان تستدين أو تبيع و تعطى الربا- يحرم عليك تبع وزنه حنطه بوزنه و نصف فتأخذ زياده نصف و انه كما يحرم عليك هذا يحرم ان تشترى كذلك فتعطى نصف وزنه زياده و تكون هذه القاعده قريبه الأفق من معنى أختها التاليه لها (ما حرم فعله حرم طلبه).

يعنى كما يحرم عليك فعل الربا و الرشوه يحرم عليك ان تطلبه من غيرك و كما يحرم عليك شرب الخمر يحرم عليك ان تطلبه من غيرك و هكذا فى كل حرام الا ما استثنى كما سبق.

و من ذلك إهمال جمله من القواعد المهمه.

مثل قاعده الميسور و قاعده الحر لا يضمن و لا يدخل تحت اليد، و قاعده (إذا اجتمع الحرام و الحلال غلب الحرام- التى و بما ترجع إلى قاعده درء المفاسد اولى من جلب المنافع.

و قاعده (الدفع أهون من الرفع) و الفرض أفضل من النفل، و ما

كان أكثر فعلًا، فهو أكثر فضلًا.

الى كثير من أمثالها و لكن يدفع النقد فى إهمالها ان جمله منها تختص بالعبادات.

و بعضها قليل الجدوى نادر المثال.

و من موارد النقد أيضاً ان بعض المباحث المهمه جاء البيان فيها ناقصاً مبتوراً و كان من حقه البسط و الإحاطه بالموضوع من جميع أطرافه و عموم اقسامه.

(مثل قاعده التلف قبل القبض) فى الجزء الأول صفحه (۶۹) و حق تحريره ان يقال ان زوال المبيع أو الثمن بحيث يمتنع قبضه حقيقه أو حكما لا يخلو اما ان يكون من جهه التلف أو الإتلاف، و على الأول، فقد اتفقوا على ان تلف المبيع من البائع و تلف الثمن قبل إقباضه للبائع من المشترى، و النبوى المشهور «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» و إن كان واردا فى المبيع فقط و لكن الأصحاب اتفقوا ظاهرا على إلحاق الثمن به فى الحكم و ربما يظهر هذا من روايه عقبه بن خالد عن أبى عبد اللّه الصادق سلام اللّه عليه فى رجل اشترى من رجل متاعا و أوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع و يخرجه من بيته. فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله.

فان قوله «عليه السلام» حتى يرد اليه ماله ظاهر فى الثمن و انه فى ضمان

المبتاع أى المشترى حتى يوصله إلى البائع.

هـذا فى تلف الجميع اما تلف البعض ثمنا أو مثمنا فان كان المبيع حسب اعتبار العقلاء ذو أجزاء يتقسط عليها الثمن انفسخ فى التالف بنسبته من الثمن و صح فى الباقى و ان كان بنظر العرف مما لا يتقسط الثمن عليها بان يكون ذلك الجزء التالف كالأوصاف التى لا تقابل بالاعواض فهو موجب لخيار المشترى بين الرد و الإمساك بمجموع الثمن و يحتمل تخييره بين الرد و بين الإمساك بالأرش و يكون كالعيب الحادث قبل العقد و ليس ببعيد هذا فى التلف قبل القبض اما التلف بعده فى زمن الخيار فقد تقدم البحث فيه مفصلًا.

هـذا كله فى التلف السماوى اعنى القهرى [أما الإتلاف] فإن كان المتلف هو المشترى فلا ينبغى الإشكال فى انه كالقبض و مسقط لضمان البائع و يجب عليه دفع الثمن اليه قطعاً و هذا مع علمه واضح اما مع جهله فان كان مغروراً من البائع كما لو كان طعاماً و قدمه إليه بصوره الإكرام فأكله و ظهر انه هو الذى ابتاعه منه فلا ينبغى الإشكال فى انه كالتلف السماوى مضمون على البائع على خلاف فيه و ان لم يكن مغروراً كما لو اكله جهلًا منه من دون ان يقدمه البائع إليه فالقضيه مشكله و الحكم بأنه من ماله و انه قبض مشكل و جعل الضمان على البائع أشكل.

و دعوى انصراف النص فى القبض الى غير هذا القبض فيكون من التلف قبل القبض فضمانه على البائع- عهدتها على مدعيها و هى قابله للمنع.

و ان كان المتلف البائع فالمسئله ذات وجوه متعارضه بل و متكافئه

فاما الحكم بالانفساح و يكون الضمان على البائع تنزيلًا للإتلاف منزله التلف و ان مرجعهما الى تعذر الإقباض و هو ملاك الحكم سواء كان من حيوان أو إنسان بحادثه سماويه أو ارضيه، و اما الحكم بإبقاء العقد و تضمين البائع المثل أو القيمه لأن الحكم بالانفساخ على خلاف القاعده فيقتصر على مورده المتيقن و هو التلف لا ـ الإتلاف و يكون من باب إتلاف مال الغير الموجب للضمان بالمثل أو القيمه.

و اما الحكم بتخيير المشترى فى باب إتلاف البائع المبيع أو البائع فى إتلاف المشترى الثمن بين إمضاء العقد فيطالب بالقيمه أو فسخه فيأخذ الثمن لو أتلف المبيع أو المبيع لو أتلف الثمن.

و مدرك هذا التخيير اما ان تحقق سبب الانفساخ مع سبب الضمان يقتضى التخيير بينهما بعد عدم إمكان الجمع و اما لان التلف إذا خرج عن قاعده التلف قبل القبض صار المبيع متعذر التسليم فيثبت الخيار اما للمشترى فى تلف المبيع أو للبائع مع العكس و هو معنى التخيير بين الفسخ و استرداد ما دفع أو المضاء و المطالبه بالمثل أو القيمه و هذا هو الأوفق بالقواعد، و تجرى الوجوه الثلاثه فى إتلاف الأجنبى- هذا هو التحرير الوافى لهذه المسأله على اختصاره، و هكذا يجب ان تحرر المسائل و يكفى هذا المقدار من الملاحظه على الجزء الأول على سبيل النموذج و العنوان.

اما الجزء الثانى فقد تركنا إبداء الملاحظات فيه الى من ينشط له من أهل هذا الفن الشريف فن الفقه و علم الحقوق.

و منه نستمد التوفيق للجميع و ان يسهل لنا متابعه التأليف و النشر الى خاتمه هذا الكتاب إن شاء اللّه و لا شك انه يحتاج الى عده أجزاء اخرى فعسى ان يفسح اللّه عز شأنه فى العمر إلى إكمالها بلطفه و عناياته انه الكريم المنان و به المستعان

الجزء الثانی القسم الأول

اشاره

□
بسم اللّه و له الحمد و المجد

الكتاب السادس فی الأمانات

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب

المقدمه فی بیان «الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالأمانات»

الأمانات:

«تمهیـد مفیـد» اعلم ان کل إنسان وقع فی یده مال غیره فاما ان یکون استیلاؤه علیه بإذن المالک، أو بإذن الشارع، أو بدون اذن واحد منهما، و الأول اما ان یکون لمصـلحه المالک فقط أو لمصلحه القابض أو لمصلحتهما، و من الأول الامانه بالمعنی الأخص و هی الودیعه التی هی القیـام بحفـظ مـال الغیر باذنه بغیر جعل و لا فائـده، و من الثانی العاریه التی هی إباحه للانتفاع أو تملیک للمنفعه بغیر عوض، و من الثالث الإجاره فإنها لمنفعه المالک من حیث أخذ الأجره و لمنفعه المسـتأجر من حیث استیفاء المنفعه و کل هذه تعد من الأمانات و لکن بالمعنی الخاص و هی أعم من

الودیعه التی هی أمـانه بالمعنی الأخص، و کلها أیضا أمانات مالکیه لأنها اجمع بإذن المالک، اما القسم الثانی و هو ما کان بإذن الشارع فقط فمنه اللقطه و مجهول المالک کالـذی أطارته الریـح الی دار إنسان و ما دخل الی ملک الغیر من طائر أو حیوان و ما أشبه ذلک، و کل هذه الأنواع تعد أیضا من الأمانات و لکنها بالمعنی الأعم و هی أمانات شرعیه.

و جمیع الأمانـات تشترک فی حکم و ینفک بعضـها عن بعض فی حکم دون آخر، و الحکم العام المشترک بین جمیع الأمانات أمران- عدم الضـمان إلا بالتعدی و التفریط. و وجوب الرد الی المالک- و تفترق الشـرعیه عن المالکیه بوجوب طلب المالک و المبادره إلی رد ماله الیه و لو من غیر طلب منه بخلاف المالکیه فان الواجب دفع ماله الیه عنـد طلبه و لا یجب أن یتطلبه کما فی الأولی.

و هناک أحکام اخری یمتاز بها بعض الأمانات عن بعض تذکر فی مواضـعها، أما القسم الثالث و هو الاستیلاء علی مال الغیر من دون اذن المالک و لا الشارع فأظهر افراده المال المغصوب بجمیع أنواعه و أسـبابه من سرقه أو نهب أو خیانه أو تدلیس أو نظائر ذلک، و یمتاز هـذا عن القسـمین السابقین بأنه مضـمون مطلقاً حتی مع التلف بغیر تعد و لا تفریط، و یقابله الأمانه بالمعنی الأعم الشامله للاستیلاء علی مال الغیر بإذنه أو بإذن الشارع.

و حیث عرفت أنواع الأمانـات یتضـح لـک أن (المجله) ذکرت من أنواع الأمانـات هنـا خصوص الأمـانه بـالمعنی الأـخص و هو الودیعه و العاریه

أعنى ما كـان لمصـلحه المالـك فقـط أو لمصـلحه القـابض فقـط و مـا عـدا ذلـك من الأـنواع فهى مـذكوره فى خلاـل أبـواب المعاملاـت بـالمعنى الأـعم و عبرت عن الامـانه كمـا فى ماده (۷۶۲) بأنها هى الشـى ء الـذى يوجـد عنـد من يتخـذ أميناً، و هذا التعريف لا يخلو من فكاهه فإن الذى يتخذ أميناً عنده أشـياء كثيره فهل كلها امانه؟ و يهون هذا بناء هذه التعاريف على التساهل، و التعريف القريب للأمـانه بـالمعنى الخـاص هو انهـا المـال الـذى صار فى يـد غير مالكه، بإذنه أو اذن الشارع، و الأمانه بالمعنى الأخص- اى الوديعه- هو المال الـذى دفعه مالكه لغيره لينوب عنه فى حفظه، و المعروف فى تعريفها عندنا اسـتنابه فى الحفظ و إليها أشارت (المجله) بقولها: سواء كان امانه بعقد الاسـتحفاظ كالوديعه!! و الاستحفاظ تاره يكون تمام المقصود من العقد كما فى الوديعه. و اخرى يكون لاـزم العقـد و المقصود بالعقـد أصـاله غيره كالإجـاره و العـاريه و غيرهمـا. فالاسـتحفاظ ملحوظ فى الجميع اما أصاله أو تبعاً و باللازم. فان كان المراد من الاستحفاظ ما هو من النوع الأول فلا وجه لكاف التشبيه فان العقد الذى لا يقصـد منه الا الاسـتحفاظ ليس إلا الوديعه و ان كان ما يعمه و النوع الثانى لم يتجه قولها: أو كان امانه ضـمن عقـد كالمأجور و المسـتعار، بل حقه أن تقول: كالوديعه و كالمأجور و المسـتعار أو دخل بطريق الأمانه بيـد شـخص بـدون عقـد و لا قصد كما لو القت الريح فى دار أحد مال جاره فحيث كان بدون عقد لا يكون وديعه بل أمانه فقط.

و بهـذا ظهر ان الوديعه أخص و الأمـانه أعم فـإن المأجور و المسـتعار و الـذى ألفته الريـح كلها أمانه لا وديعه، غايته أن الأولين أمانه مالكيه و الأخير أمانه شرعيه، و منه ظهر ماده (٧۶٣)

الوديعه:

هى المال الذى يوضع عند شخص لأجل الحفظ، و لا حاجه بعدها الى توضيح الواضح فى ماده (٧۶۴) الإيداع هو احاله المالك محافظه ماله لآخر و يسـمى المسـتحفظ مودعا- بكسـر الدال- و الذى يقبل الوديعه وديعا و مسـتودعا- بفتح الدال- و باصـطلاح فقهائنا وديعا.

(ماده ٧۶۵)

العاريه:

هى المال الذى تملكت منفعته لآخر مجاناً اى بلا بدل- و يسمى معاراً و مستعاراً.

تباعـدت حقيقه العـاريه على أكثر الفقهـاء كمـا ضـاع عليهم حقـائق أكثر العقود فقـال بعضـهم: انها تمليك المنفعه مجاناً، و قال آخرون: انهـا إبـاحه المنفعه و إباحه الانتفاع (و الفرق بينهما نادر) و الحقيقه انها لا هـذا و لا ذاك و انما هى: سـلطنه خاصه على العين للانتفـاع بها، كما ان الإجاره كـذلك، و الفرق بينهما: ان العاريه تسـليط على العين بلا عوض، و الإجاره تسـليط بعوض، و كلاهما تسـليط على العين للانتفاع و لازم هـذا إباحه المنفعه أو إباحه الانتفاع، و كأن القوم عبروا عن هـذا العقد يلازمه كما هو عادتهم فى أغلب العقود بل و غيرها، اما احتمال كونها تمليك المنفعه ذاتا أو لازما فهو بعيد عن التحقيق جداً و الاسـتدلال عليه بان المستعير له ان يعير و لو كان لا الملكيه لما كان له ذلك- مدفوع بالإعاره الثانيه ان كانت بإذن المعير الأول- أى المالك

صحت و لاـ تـدل على الملكيه، و ان كانت بغير اذنه منعنا جوازها أو تقع باطله، بل و دفعها بغير اذن المالك الى المستعير الثانى حرام، فالحق ما ذكرنا من انه عقـد أو إيقاع يفيـد تسـليط المالك غيره على العين للانتفاع بها مجاناً، و ليس للمستعير أن يتجاوز مقدار الاذن من المعير فلو تجاوز ضـمن و فعل حراماً، و مع عدم التجاوز هى أمانه بيد المستعير لا يضمنها لو تلفت إلا بالتعدى و التقصير كما فى ماده (۷۶۸) الأمانه لا تكن مضمونه يعنى إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين و لا تقصير منه لا يلزمه الضمان!! و بعد ان ذكرت (المجله) أشـهر احكام الامانه و هو عدم الضمان أخذت فى ذكر بعض مصاديقها و مواردها فى ماده (۷۶۹) إذا وجـد رجل فى الطريق أو فى محل آخر شـيئاً فأخذه على سبيل التملك يكون حكمه حكم الغاصب، و على هذا إذا هلك المال أو ضاع و لو بلا صـنع أو تقصـير منه يصـير ضامناً!! كأنها تشـير الى ان من استولى على مال الغير بغير اذنه ان أزال يده الحقه فهو غصب و ان لم يزل يـده بل وصل اليه بغير القهر من الأسـباب فهو بحكم الغصب و من هـذا النوع من وجـد مالا فى الطريق- أى اللقطه- فأخـذه بنيه التملك فإنه و ان لم يكن غصـباً أى الأخـذ قهراً و لكن تترتب عليه احكام الغصب من الحرمه و الضـمان مع التلف و لو بغير تعد و لا تقصير، و وجوب الرد مع عدمه، و أما لو أخذه على أن يرده لمالكه فان كان معلوما كان فى يده امانه و يلزم تسليمه الى مالكه، و ان لم يكن معلوما فهو لقطه و هو فى يد ملقطه أمانه.

و هذا البيان غير مستوعب لأقسام العنوان.

و «تحرير البحث» ان ما يقع بيد الإنسان من مال الغير بغير اذنه ان أخذه قهراً أو اختلاساً فهو الغصب، و ان أخذه بغير ذلك و بغير قصد ردّه الى مالكه فهو بحكم الغصب تترتب عليه جميع أحكامه وضعيه و تكليفيه، و ان أخذه بقصد رده إليه فإن كان مالكه معلوماً وجب المبادره الى رده اليه و هو فى ذلك الحال امانه لا ضمان فيه الا بالتعدى و لو توانى خرج عن الامانه و صار ضامناً مطلقاً، و ان لم يكن معلوماً فان كان قد وجده فى الطريق أو فى الصحراء أو غيرهما من المواضع العامه فهو اللقطه و تجرى عليه أحكامها، و ان وجده فى داره أو خزانته أو دكانه و نحو ذلك من المواضع الخاصه به و لا ـ يعرف صاحبه كان من مجهول المالك و تجرى عليه احكامه، و قصارى اللقطه و المجهول المالك ان مرجعهما أخيراً لحاكم الشرع.

و حيث ان اللقطه من مهمات مباحث الفقه، و هى عامه البلوى، و لم تستوف (المجله) أحكامها مع انها من صلب الأمانات، فاللازم ان نوفيها حقها و قد تبين لك موضوعها فى المجله و تفصيله: انه عباره عما يؤخذ من المواضع العامه من مال أو غيره من غير علم صاحبه به و لا ـ اذنه و هو إما حيوان أو جماد و الحيوان اما إنسان أو غير إنسان، فالإنسان هو اللقيط و قد عرفوه بأنه إنسان ضائع لا كافل له و لا يستقل بنفسه و يشتمل المنبوذ و الضائع، و الحر و العبد، فالحر يرد إلى اهله، و العبد الى مالكه، و أخذه مستحب فان خيف عليه التلف وجب و إذا أخذه

الملتقط وجب عليه حضانته بالمعروف و ينفق عليه من بيت المال، و ان لم يكن فمن الزكاه، و الا استعان بالمسلمين، و إلا أنفق عليه و رجع به عليه بعد بلوغه، أو على اهله ان وجدهم، و هو مسلم إذا التقط فى بلاد المسلمين أو فى بلاد الكفر و فيها مسلم يحتمل كونه منه، و ولاؤه للإمام لا ـ للملتقط، و لو اختلف هو و اللقيط بعد بلوغه أو أهله فى أصل الإنفاق أو قدره يقدم قول الملتقط فيما يوافق المعروف و هذا من موارد تقديم الظاهر على الأصل و هو ظاهر، و لو التقطه اثنان و تشاحا أقرع بينهما و يشترط فى الملتقط البلوغ و العقل بل و الرشد على الأحوط، و كونه حراً و إسلامه ان كان اللقيط مسلماً، بل و عدالته على الأحوط. فلو فقد أحد هذه لم يكن لالتقاطه اثر. و جاز للغير ان يأخذه منه. هذا كله فى اللقيط- أى الإنسان الملقوط-. اما لقطه الحيوان و تعرف بالضاله و هى الدابه التى لا يعرف مالكها. فقد وردت أخبار تشعر بحرمه التقاطها و هى محموله على الكراهه جمعاً بينهما و بين ما دل على الجواز و ترتفع الكراهه بخوف التلف عليها و ان كان صحيحاً فى ماء و كلاء فى غير مسبعه فالأولى تركه لامتناعه و لو أخذها فتلفت قيل يضمن و هو مسلم ان أخذها بنيه التملك أو مع التفريط و الا فلا. و لو ترك من جهد فى غير ماء أو كلاء كان أخذه مباحاً. فإن أنفق عليها الملتقط حتى أصلحها كانت له و ليس لمالكها لقول أمير المؤمنين سلام اللّه عليه ان تركها فى غير ماء و لا ـ كلاء فهى للذى أحياها و أوضح منها صحيحه ابن سنان و غيرها و العمل بها وفاقا لجمهور الأصحاب متعين و ان كانت على خلاف

القاعـده، و لعل الشارع جعل الاعراض هنا بالخصوص مزيلا للملكيه السابقه رفقاً بالحيوان و يكون من المباحات فيملكه الملتقط بالحيـازه، أما الشاه فى الفلاه التى لا تمتنع من الوحش المفترس فيجوز أخـذها بنيه التملك كما فى الخبر المشـهور «هى لک أو لأخيک أو للذئب» إنما الكلام فى الضـمان لو ظهر صاحبها كما يدل عليه بعض الاخبار أو عدمه كما هو ظاهر إطلاق «هى لک ..» فى الخبر المشـهور مضافا الى الأصل و الأول أحوط ان لم يكن أقوى، و لو دفعها لحاكم الشـرع برئ من الضمان قطعاً، و هل يتوقف تملكها على تعريفها سـنه أو أقل أولا لإطلاق الخبر المتقدم و لعله الأقوى؟ و كذا حكم كل ما لا يمتنع من السـباع بعد و أو طيران حتى مثـل الـدواجن كالـدجاج و نحوه، و لو وجـدت الشـاه فى العمران حبسـها ثلاثه أيام فان لم يجـد صاحبها باعها و تصـدق بثمنهـا، فـان ظهر مالكهـا و لم يمض غرم له القيمه و ليس له تملكها بل اما ان يبقيها امانه لمالكها و ينفق عليها و يقاص من لبنها و صوفها أو يبقيها و يبقى الثمن أمانه أو يتصدق به و لو دفعها أو قيمتها الى الحاكم سلم من ذلک كله.

هـذا موجز الكلام فى لفظه الحيوان إنسان و غير إنسان، أما لقطه المال الصامت فقـد وردت جمله أخبار ظاهره فى حرمه التقاط المـال فى الحرم مطلقـا ففى روايه عن الكـاظم سـلام اللّه عليه «لقطه الحرم لا ـ تمس بيـد و لا ـ رجل، و لو ان الناس تركوها لجاء صاحبهـا و أخـذها» و لكن المشـهور الكراهه، و موضع البحث قصـد التملـک، إمـا أخـذها لحفظها أو ردها الى صاحبها فالظاهر الاتفاق على جوازه و هو امانه لا تضمن حينئذ إلا

بالتفريط، ثم إذا أخذه بهذا القصد عرف به سنه فان لم يظهر تصدق به عن صاحبه و يضمن له لو ظهر بعد ذلک، و القاعده تقتضی عدم الضمان لأنه أمانه شرعيه و قد أنفقها بإذن الشارع، و لو دفعها للحاکم فلا شی ء عليه و ما ذکرناه يطرد فی القليل و الکثير، أما لقطه غير الحرم فيحل منه ما کان دون الدرهم من غير تعريف، و لو ظهر مالکه و عينه باقيه أخذها قطعاً فهی ملکيه مراعاه، اما لو کانت تالفه ففی الضمان وجهان بل قولان أقواهما العدم لإذن الشارع بذلک التصرف و هو کإذن المالک أو أقوی أما الدرهم فما زاد فالواجب تعريفه حولا فلان لم يظهر صاحبه تخير بين ان يتملکه مَعَ الضمان لو ظهر و بين الصدقه به علی مستحق الزکاه عن صاحبه و فی الضمان الوجهان السابقان و عدم الضمان هنا أقوی، و بين إبقائه أمانه لمالکه فلا يضمن الا مع التفريط، و الدفع الی الحاکم الشرعی أصح و أسلم، و الحکم العام فی لقطه المال من الدرهم فما زاد هو التعريف حولا فيما يمکن فيه التعريف، اما ما لا- يمکن کالدراهم و الدنانير الغير المصروره و لا- فی محفظه فقد يقال بسقوط تعريفها، و جواز تملکها بمجرد التقاطها و هو مشکل، و لو تحقق هذا الفرض فی بعض الأموال کان من مجهول المالک و يجری عليه حکمه و لا يجوز تملکه بوجه مطلق کما انه لو وجد فی المواقع العامه کالحمام أو المساجد و المعابد بدل ثيابه أو حذائه أو کتابه فإن علم انها لآخذ کتابه کانت من مجهول المالک لا- اللقطه، و ان لم يعلم أو علم العدم فهی لقطه، و ما لا يبقی أو يحتاج بقاؤه إلی علاج باعه أو قومه علی نفسه و حفظ قيمته و الأحوط مراجعه الحاکم فی ذلک

لأنه الولى العام.

و أخذ اللقطه بوجه عام مكروه، و فى بعض الأخبار

«لا يأخذ الضاله إلا الضالون»

و قد توجد خصوصيات مقاميه تخرج عن الكراهه بل قد تصير مستحبه أو واجبه، و ذكروا: ان الكراهه تتأكد فيما تكثر منفعته و تقل قيمته كالعصا و النعل و الإداوه و أمثالها: كما تتأكد الكراهه فى الفاسق و المعسر و يصح التقط المال من كل من يصح منه التكسب حتى الصبى و المجنون و يتولى حفظهما و التعريف بها الولى. و يستحب الاشهاد بل قد يحب فى أخذها و ردها. مضافا الى الإعلان و الإنشاد فى الحول حسب المتعارف.

و حيث ان اللقطه- كما عرفت- امانه يجب ردها الى مالكها الواقعى فلا يجوز دفعها الى مدعيها ما لم يثبت ملكه لها بالعلم أو ما يقوم مقامه شرعاً من الشاهدين العدلين. أو الشاهد و اليمين و لا يكفى إعطاء أوصافها و ان كان خفيه الا مع حصول الاطمئنان بصدقه المتاخم للعلم. و إذا دفعها بالأوصاف و قدم غيره البينه انها له انتزعت من الاولى و دفعت لذى البينه و ان كانت تالفه تخير فى الرجوع على الدافع أو المتلف فإن رجع على الأول رجع الأول على الثانى لأن قرار الضمان عليه. و لذا لو رجع عليه رأسا لم يرجع على الأول.

و من وجد مالا فى فلاه من الأرض أو مدفونا فى أرض ليس لها مالك و لم يكن عليه أثر الإسلام ملكه الواجد و ان كان فى

أراضـی الإسـلام، و ان وجـد علیه أثر الإسـلام کـان لقطه یجب تعریفهـا و لو کان للأرض مالک عرفه فان ادعاه دفع له و الا فلو أجده مع انتفاء أثر الإسـلام و الا فهو لقطه و مثله ما یوجد فی جوف الدابه أو السـمکه ان کانت أهلیه أما الوحشیه و التی أخذت من المیـاه العـامه جدیـداً لا ـ یراجع بها المالک فان کان علیه أثر الإسـلام فلقطه و الا فلو أجـده، و من وجـد مالًا فی صـندوقه أو دکانه أو داره فان کان له شـریک فیه عرفه فان ادعاه أخذه بلا بینه و لا یمین، لانه مدع بلا معارض، و ان نفاه فهو لقطه لواجده، و ان لم یکن له شریک فقد ذکروا. انه یکون لمالک الدکان و الدار و نحوهما لانه من توابع ملکه و لم یجعلوه لقطه و هو محل نظر فلیتأمل.

هذا موجز البحث فی اللقطه موضوعاً و حکماً، و فیه علی اختصاره غنی و کفایه و سیأتی لهذا البحث تتمه إن شاء اللّه تعالی.

و (المجله) بمناسـبه بحث الامانه استطردت الی ذکر اللقطه استطراداً خفیفاً، فلم توف حق الامانه، و لم تمیز بین الأمانه الشرعیه و الأمـانه المالکیه، کما انها لم تسـتوف رءوس مباحث اللقطه فضـلًا عن دیر لها و توابعها، و لم تخصـص لها سوی ماده واحـده، و هی:

(ماده: ۷۷۰) یلزم الملتقط ان یعلن أنه وجد لقطه و یحفظ المال فی یده أمانه

الی أن یوجد صاحبه و إذا ظهر أحد و أثبت ان تلک اللقطه ماله لزمه تسلیمها.

و فی هذا أیضاً من التسامح أو الخلل ما لا یخفی، إذ لیس اللازم

إعلان انه وجد لقطه، بل اللازم طلب من ضاع له مال، و هو المعبر عنه بالإنشاد أى طلب صاحب المال و نشدانه فى الجوامع و المحافل و الأنديه العامه و نحوها، و يقول مثلا- نداء أو كتابه-: انه من ضاعت له دراهم فليراجع المحل الفلانى. و نحو ذلك، و لا يبعد ان اجره المنادى و الناشد و ما يتصل بذلك على صاحب المال لا على الملتقط لانه محسن و (مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) ثم يبقى المال بيده أمانه إلى نهايه الحول أو حتى يحصل اليأس و لو قبل الحول، و النهايه هو الحول- و بعده التفاصيل السابقه، و اليه أشارت بقولها: و يحفظ المال بيده أمانه الى ان يوجد صاحبه، و إذا حضر و أثبت ان تلك اللقطه ماله لزمه تسليمها!!.

و «تحرير البحث» فى موجبات تسليم اللقطه انه يجب بأمور.

أحدها-: و أقواها حكم الحاكم و ثبوت ذلك عنده، فإذا سلمها بحكم الحاكم خرج من العهده و لم يبق عليه شى ء حتى لو ظهر خطأ الحاكم أو فساد حكمه.

ثانيها-: قيام البينه عند الملتقط نفسه فإنه يجب عليه تسليمها بشهاده العدلين أو العدل الواحد مع اليمين، و يخرج بذلك من كل تبعه.

ثالثها-: إقرار الملتقط بأنها للمدعى فإذا أقر وجب تسليمها للمقر له و لكن لا يخرج من العهده و لو اقام آخر البينه انها له انتزعت من المقر له و دفعت لصاحب البينه و ان كانت تالفه رجع على أى منهما يشاء

و لا يرجع المقر على المقر له لو أخذت قيمتها منه حسب إقراره كما لا يرجع أيضاً الثانى على الأول لو أخذت منه.

رابعها-: بيان الأوصاف الخفيه الموجبه للاطمئنان كما تقدم قريباً و لكن لا يخرج بها عن العهده و حالها حال الإقرار.

و ذكر شيخنا الشهيد- أعلى اللّه مقامه- فى «اللمعه» ما نصه-:

و لا تدفع إلا بالبينه لا بالأوصاف و ان خفيت، نعم يجوز الدفع بها ا ه.

و قد يشكل بان الدفع إذا جاز وجب فإن الأوصاف اما ان تكون اماره و حجه كالبينه فيجب الدفع و الا فلا يجوز، و يمكن دفع هذا بأن البينه حجه شرعيه قاطعه يجب العمل بها بخلاف الاعتماد على الأوصاف فإنها لا تفيد سوى الظن، و أقصاه جواز العمل به ما لم ينكشف الواقع و يظهر الخلاف، فليتأمل.

(ماده: ۷۷۱) إذا هلک مال شخص فی ید آخر

فان كان أخذه إياه بدون اذن المالك ضمن بكل حال، و ان كان أخذ ذلك المال بإذن صاحبه لا يضمن لأنه امانه فى يده إلا إذا كان أخذه على سوم الشراء و سمى الثمن فهلك المال لزمه الضمان، مثلا إذا أخذ شخص إناء «بلور» من دكان البائع بدون اذنه فوقع من يده فانكسر ضمن قيمته، و أما إذا أخذه بإذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد أثناء النظر و انكسر فلا يلزمه الضمان، و لو وقع ذلك الإناء على آنيه أخرى فانكسرت تلك الآنيه أيضاً لزمه ضمانها فقط، و أما الإناء الأول فلا

يلزمه ضـمانه لأنه امانه فى يـده، و أما لو قال لصاحب الـدكان بكم هـذا الأناه؟ فقال له: بكـذا قرشا خـذه، فأخذه بيده فوقع على الأرض فانكسـر ضـمن ثمنه، و كذا لو وقع كأس (الفقاعى) من يد أحد فانكسـر و هو يشرب لا يلزمه الضمان لأنه أمانه من قبيل العاريه، و أما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان.

خرج من قضايا اللقطه إلى أصل باب الأمانات، و بهـذا تريـد (المجله) إعطاء الضابطه الكليه، و القاعـده الأصـليه لضـمان اليد، و تحرير ذلك ان يقال: ان تلف مال إنسان بيـد غيره لا يخلو اما ان يكون حصوله بيده كان بإذن المالك أو بإذن الشارع أو بدون اذن واحـد منهمـا، و على الثـانى فهو ضـامن مطلقا سواء كان بالتعـدى أو بـدونه، و الأول اما ان يكون الإذن اذن معاوضه أو إذنا مجردا، و الثانى لا يوجب الضـمان الا مع التعـدى، و الأول يقتضـى الضـمان مطلقا بالمثل أو القيمه بقاعده (ما يضـمن بصـحيحه يضمن بفاسده) فتحصل ان الاستيلاء على مال الغير لا يخلو من ثلاثه أنواع.

(الأول) ما خلى عن الاذن مطلقا، و يدخل فيه الغصب و السرقه و الجحود و التعدى عن الامانه و الغش و التدليس و أشباه ذلك، و هو كثير و حكمه الضـمان مطلقا، و منه المال المقبوض اشـتباها كما لو دفع القصار ثوب زيـد لغيره فتلف فى يـده، و لزيد حق الرجوع به على القصار حينئذ إلا مع الغرور، و كذا لو تخيل ان مال زيد ماله فأخذه فتلف فى يده فإنه ضامن له بقاعده اليد.

(الثانی) ما کان عن اذن و لکن أذن معاوضه و هی أما علی العین باعتبار ذاتها أو علیها باعتبار بعض شئونها، و من هذا النوع الإجاره و المزرعه و المساقاه و أضرابها، و هذه تلحق بالأمانات و لا ضمان فیها الا مع التعدی و التفریط، و من الأول المقبوض بالعقد الفاسد، و المقبوض بالسوم، و هو ضمانی مطلقا للقاعده المتقدمه (ما یضمن بصحیحه ..)

(الثالث) ما کان عن اذن مجرد عن کل معاوضه و هو باب الأمانات بجمیع أنواعها شرعیه أو مالکیه، و من أظهر أنواع الثانی الودیعه و العاریه، و من أظهر أنواع الأول اللقطه و مجهول المالک و باب الحسبه کقبض عدول المؤمنین للوقف الذی لا متولی له و مال الیتیم الذی لا قیم له، و الغائب الذی لا وکیل له، حیث لا یوجد الولی العام و هو الحاکم أو الی زمن إمکان مراجعته و لا ضمان فی الجمیع الا مع التعدی و التفریط.

هذا تمام أنواع الاستیلاء علی مال الغیر و أحکامها و منه تعرف عدم استیفاء (المجله) لأنواع هذا البحث کما یتضح بما ذکرناه من الأمثله المدرجه فی هذه الماده بقولها مثلا- إذا أخذ شخص إناء بلور إلخ ..

(ماده: ۷۷۲) الاذن دلاله کالاذن صراحه،

و اما إذا وجد النهی صراحه فلا عبره بالإذن دلاله مثلا- إذا دخل شخص دار آخر باذنه فوجد إناء معدا للشراب فهو مأذون دلاله بالشرب به فإذا أخذ ذلک الإناء لیشرب به فوقع من یده و هو یشرب فلا ضمان علیه و اما إذا نهاه صاحب الدار عن الشرب به ثم أخذه لیشرب به فوقع من

یده و انکسر فیضمن قیمته.

و ملاک کل ذلک القواعد المقرره فی الاستعمال، و أصول الفهم و التفاهم منها قاعده تقدیم النص علی الظاهر و الأظهر علی الظاهر.

«الباب الثانی» فی الودیعه

اشاره

و یشتمل علی فصلین

الفصل الأول فی «بیان المسائل المتعلقه بعقد الإیداع و شروطه»

،،، الودیعه کما عرفت هی الأمانه الخاصه و أحسن تعریف لها انها استنابه فی الحفظ و حیث انها تتقوم بطرفین و لا یتحقق أثرها بطرف واحد لذلک کانت من العقود المتوقفه علی إیجاب و قبول کما فی ماده «۷۷۳» ینعقد الإیداع بالإیجاب و القبول صراحه أو دلاله، و لا إشکال فی انعقاده بالقول الصریح مثل: أودعتک، أو: احفظها عنی و یقول الآخر: قبلت، و باللازم اجعلها عندک أو صیرها مع أموالک و أمثال ذلک مما ذکرته «المجله» مثلا- إذا قال صاحب الودیعه أودعتک هذا الشی ء أو جعلته امانه عندک، فقال المستودع: قبلت انعقد الإیداع صراحه، و کذا لو دخل شخص خانا فقال لصاحب الخان: این أربط دابتی، فأراه محلا فربط الدابه فیه انعقد الإیداع دلاله، و کذلک إذا وضع رجل ماله فی دکان فرآه صاحب الدکان

و سكت ثم ترك الرجل ذلك المال و انصرف صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعه، و أما لو رد صاحب الدكان الإيداع بأن قال لا اقبل فلا ينعقد الإيداع حينئذ، و كذا إذا وضع رجل ماله عند جماعه على سبيل الوديعه و انصرف و هم يرونه و بقوا ساكتين صار ذلك المال وديعه عند جميعهم فإذا قاموا واحدا بعد واحد و انصرفوا من ذلك المحل فبما انه يتعين حينئذ على من بقى منهم أخيرا يصير المال وديعه عند الأخير فقط كل ذلك حيث يكون السكوت دالا على الرضا و الالتزام فيكون وديعه معاطاتيه و يترتب عليها الحكم التكليفى و هو وجوب الحفظ و الوديعه العقديه و المعاطاتيه سواء فى عدم اللزوم كما فى ماده «٧٧٤» لكل من المودع و المستودع فسخ عقد الإيداع متى شاء.

و إذا فسخ أحدهما وجب رد الوديعه ان طالب بها صاحبها كما هو حكم الأمانه المالكيه فإذا طلبها و لم يدفعها الودعى صار بحكم الغاصب و ضمنها مطلقا، و حيث عرفت انها عقد فيتعبر فيها ما يعتبر فى سائر العقود من كونها مقدوره التسليم من عاقلين بالغين أو مميزين كما نصت عليه ماده «٧٧٥» يشترط كون الوديعه قابله لوضع اليد عليها و صالحه للقبض فلا يصح إيداع الطير فى الهواء.

إلا إذا كان مما تعوّد على العود.

و ماده (٧٧٦) يشترط كون المودع و المستودع عاقلين مميزين و أما كونهما بالغين فليس بشرط فلا يصح إيداع المجنون و الصبى غير المميز

و لا قبولهما لهما الوديعه، و أما الصبى المميز المأذون فيصح إيداعه و قبوله الوديعه.

فلو أودع الصبى أو المجنون و قبض الودعى كان غاصبا و يضمن مطلقا، اما الإيداع عند الصبى أو المجنون فان وجدها صاحبها أخذها و ان تلفت فلا ضمان أصلا لأنه هو الذى أسقط حرمه ماله، اما لو كان جاهلا بجنونه أو عدم بلوغه فلا يبعد الضمان من ماله مطلقا و إذا مات أخذه من تركته.

«الفصل الثانى» (فى أحكام الوديعه و ضمانها)

(ماده: ۷۷۷) الوديعه امانه فى يد الوديع

بناء عليه إذا هلكت بلا تعد من المستودع و بدون صنعه و تقصيره فى الحفظ فلا يلزم الضمان الا انه إذا كان الإيداع بأجره على حفظ الوديعه أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه لزم المستودع ضمانها مثلا- لو وقعت الساعه المودعه من يد الوديع بلا صنعه فانكسرت لا يلزم الضمان، اما لو وطئت الساعه بالرجل أو وقع من اليد عليها شى ء فانكسرت لزم الضمان.

لا- نعرف وجها لهذا الاستثناء فان الامانه مطلقا يجب حفظها حسب الإمكان فإذا هلكت و كان يمكنه التحرز من هلاكها فهو مقصر فى حفظها و يكون ضامنا سواء كان بأجره أو بغير اجره، و إذا هلكت و كان لا يمكنه التحرز فهو معذور و لا ضمان عليه، فأين موضع الاستثناء؟ ثم لا يخفى ان الوديعه و الأجره لا يجتمعان و هو أشبه بجمع الضدين أو النقيضين كقضيه الهبه و العوض فإن الوديعه مأخوذ فى حقيقتها اعتبار المجانيه كالهبه، اما إذا أخذت الأجره على الوديعه- اى على حفظها- فقد خرجت عن كونها وديعه و دخلت فى باب الإجاره و جرى عليه أحكامها فتدبر و لا يشبه عليك الأمر، و العين المستأجره أيضا هى أمانه يجب التحرز عن هلاكها بكل ما يمكن فلو قصر فى ذلك فهو ضامن لها كضمانه للوديعه.

اما الأمثله التى ذكرتها (المجله) فهى تختلف حسب الظروف و الأحوال و الخصوصيات المقاميه، و ليس لها ضابطه كليه، فقد يكون وقوع الساعه من يد المستودع فى بعض الأحوال تقصيرا أو تفريطا يوجب الضمان و قد لا يكون كما ان وطئها بالرجل أو وقوع شى ء من اليد فينكسر قد لا يكون تقصيرا و قد يكون.

كذلك إذا أودع رجل ماله عند آخر و أعطاه اجره على حفظه فضاع بسبب يمكن التحرز منه كالسرقه فيلزم المستودع الضمان و فى هذا المثال خلل من جهات أوضحها أن السرقه تختلف فقد تكون من تساهل المسروق و عدم أخذه بالاحتياط فى التحفظ

فيكون تقصيرا موجبا للضمان، و قد تقع مع غايه التحفظ، فالإطلاق غير متجه كما انها فى المورد الذى تكون فيه موجبه للضمان لا فرق بين إعطاء الأجره و عدمه.

و هكذا الكلام فى ماده (۷۷۸) إذا وقع من يد خادم المستودع شى ء على الوديعه فتلفت لزم الخادم الضمان.

فان هذا الإطلاق ليس فى محله بل قد يكون تفريطا فيضمن و قد لا يكون.

(ماده: ۷۷۹) فعل ما لا يرضى به المودع فى حق الوديعه تعد من الفاعل.

شاع عند الفقهاء فى باب الأمانات استعمال لفظى التعدى و التفريط أو التقصير، و (المجله) كأنها تريد إعطاء الضابطه للتعدى و لكن الضابطه التى ذكرتها مع إجمالها ناقصه بتراء فان ما لا يرضى به المودع ان صرح به فى العقد لزم على الودعى ان لا يتجاوزه فلو خالفه كان تعديا و الا لا يكون تعديا فيما لو كان الودعى لا يعلم ما يوافق رضا المالك و ما لا يوافقه.

و (بالجمله) فهذه الضابطه قليله الفائده مع انها غير جامعه.

و (و تحرير البحث) ان التعدى أفعال، و التفريط تروك فلبس الثوب و ركوب الدابه بغير الاذن أو بغير المتعارف تعدى، فلو تلفت فى ذلك الحال و لو تلفا سماويا كان ضامنا لخروجه عن الأمانه بالتعدى، و لكن إهمال حفظها و عدم وضعها فى مكان حريز تروك و هى

توجب الضمان، و اليه ترجع أكثر الأفعال فإن أخذ الوديعه معه فى السفر أو لبس الثوب و أضرابه و ان كانت أفعالا و لكن ترجع الى التقصير فى الحفظ و ترک التحرز.

إذا فالضـابطه الكليه، و القول الجـامع، هو ان يقـال: ان كلما يعـد عرفا إهمالا، و تركا للتحفظ و التحرز، فهو تعـد و تفريط، و هو يختلف باختلاف الزمان و المكان و الأشخاص، و أنواع الأمانات فى الحفظ و الفيصل فيه العرف:

نعم لا اشكال ان شرط المودع لازم فلو تعداه كان تعديا سواء كان إهمالا بنظر العرف أم لا، و بعد هذا فلا حاجه بل لا فائده فى تكثير الأمثله، و ان أخذ الامانه معه فى السـفر تعد أو تفريط، أو ليس كذلک؟ و كذا إذا وضع الدابه فى الإصطبل و ترک الباب مفتوحا و كذا إذا وضع الثوب أو الجوهر فى الغرفه و لم يضعه فى الصندوق أو الخزانه و هلم جرا.

نعم لا ريب فى انه لو أنكر الوديعه خرج عن الامانه و ضـمر مطلقا، و لو رجع الى الاعتراف فهل ترجع صفه الامانه فلا يضمن لو تلفت بتلـک الحـال تلفـا سـماويا أو لاـ ترجـع فيبقى الضـمان على إطلاـقه؟ المسـأله فى غـايه الاشـكال و الأـول أقرب من حيث القواعد، و الثانى أحوط و اللّه اعلم.

اما لو كان الإنكار لمصلحه كدفع ظالم، أو رد تهمه، أو خوف سارق و ما أشبه ذلک، فهو عين الامانه.

«ماده: ۷۸۰» الودیعه یحفظها المســتودع بنفسه أو یستحفظها أمینه کمال نفسه فإذا هلکت فی یده أو عند أمینه فلا ضمان علیه و لا علی أمینه.

اعلم ان الأصل الاولی، و القاعـده الکلیه، هی حرمه کل تصـرف یتصـرفه المسـتودع فی الودیعه إلا مقـدار ما نص علیه المودع و اذن فیه أو کان الإطلاق أو الانصـراف یقتضـیه، و معنی هـذا ان کل تصـرف یشک المسـتودع فی حلیته فهو حرام، و لو فعله مع الشک خرج عن الامانه، و صار ضامنا حتی مع عـدم التعـدی و التفریط، و علیه فالقـدر المتیقن لحفظ بنفسه اما الحفظ بامینه من عیـال أو غیرهم فـان کـان من غیر دفعهـا لهم بـل کانت فی حوزته- کما لو وضـعها فی صـندوقه أو خزانته- و أمرهم بالمحافظه علیها من غیر دفع لهم و تسـلیم فلا ینبغی الإشکال فی جوازه و لا ضمان علیه و لا علیهم لو تلفت من غیر تفریط، اما تسلیمها لهم بغیر اذن صـریح أو مع الشـک فی رضـاه فغیر جـائز و لو کـانوا أمنـاء و حینئـذ فلو تلفت کانت مضـمونه، و للمودع الرجوع علی الودعی و علی أمینه الـذی تلفت عنـده و هو یرجع علی الودعی ان کـان قـد غره کمـا لو کـان جاهلاـ امـا مع علمه فلا رجوع و یکـون قرار الضـمان علیه، امـا لو رجع علی الودعی فلاـ رجوع له علی أمینه مع جهله و الاـ رجع علیه، و من کـل هـذا یظهر لک الخلل فی عباره (المجله) بإطلاق قولها فإذا هلکت فی یده أو عند أمینه فلا ضمان علیه و لا علی أمینه.

(ماده: ۷۸۱) للمستودع ان یحفظ الودیعه فی المحل الذی یحفظ فیه ماله.

تختلف مواضع حفظ الأموال، باختلاف أنواع الأموال، فموضع حفظ الدابه و هو الإصطبل- مثلا- غير محل حفظ الثياب و هو الصندوق أو الدولاب، و محل حفظ الدراهم و الجواهر و هو الحقيقه و صندوق الحديد غير محل حفظ الكتب و هو الخزانه، و هكذا فالواجب على الودعى أن يحفظ الوديعه فى المحل المتعارف لحفظها فلو تعداه ضمن، و المراد من المحل الذى يحفظ ماله هو هذا المعنى لا انه المحل الذى يحفظ ماله و ان لم يكن من المتعارف حفظها فيه فلو تسامح فى ثيابه فوضعها فى الغرفه و حقها ان تحفظ فى الخزانه كان ضامنا كما لا يجوز له ان يضع الوديعه أيضا فى الغرفه كما هو واضح، و لو كانت داره خربه أو قصيره الجدران فاللازم وضعها فى دار اخرى و هكذا سائر الجهات و الى ما ذكر تنظر ماده (٧٨٢) يلزم حفظ الوديعه فى حرز مثلها، بناء عليه وضع مثل النقود و الجوهرات فى إصطبل الدواب أو التبن تقصير فى الحفظ و بهذه الحال إذا ضاعت الوديعه أو هلكت لزم الضمان.

(ماده: ٧٨٣) إذا كان المستودع جماعه متعددين

فان لم تكن الوديعه قابله للقسمه يحفظها أحدهم بإذن الباقين أو يجعلونها مناوبه و بهاتين الصورتين إذا هلكت الوديعه بلا تقصير فلا ضمان على أحدهم و ان كانت قابله للقسمه يقسمها المستودعون بينهم بالسويه و كل منهم يحفظ حصته منها، و بهذه الصوره ليس لأحدهم أن يسلم

حصته لمستودع آخر بدون اذن المودع.،

الميزان الصحيح هنا- هو ما أشرنا إليه من ان المدار على مقدار ما يستفاد من اذن المودع و رخصته لا على قضيه قابليه الوديعه للقسمه و عدم قابليتها فإنه مما لا اثر له فى المقام أصلا، فإن ظهر من مقال أو حال انه يريد التوزيع أو الشركه على نحو المجموع أو الجميع البدلى أو الشمولى لزم ذلك و لا يجوز التعدى، اما لو لم يظهر خصوص بعض الوجوه فالإطلاق يقتضى وجوب تحرى الأصلح فى حفظها عليهم جميعا، فان وجدوا القسمه أصلح قسموها مع الإمكان و الا فالمناوبه أو غيرها من الأساليب و لا ضمان عليهم لو تلفت بغير تفريط و أقصى ما عليهم اليمين انهم قد تحروا الأصلح بقسمه أو غيرها، و مع تعين القسمه من إطلاق أو تقييد فلو دفع أحدهم حصته للآخر و هلكت من غير تعد فهل يضمن أولا؟ و على الأول فعلى من يكون الضمان على المسلم أو المستلم؟ أما أصل الضمان فلا ينبغى الإشكال فى لزومه و ان نسب الى بعض فقهاء المذاهب عدمه، و لعله فى غير صوره التقييد، و اما الضامن فقد جعلته (المجله) المسلم حيث قالت:

و إذا سلمها فهلكت فى يد المستودع الآخر بلا تقصير منه فلا يلزمه الضمان، بل يلزم الذى سلمه إياها ضمان حصته منها.

و يعلل ذلك بان المستلم أمين المسلم عند أبى حنيفه- و الأمين لا يضمن.

و لو صح هذا لاقتضى سقوط الضمان عنهما معا، فان المسلم أيضا

أمين للمالك المودع، و لكنه لما خرج عن الأمانه بالمخالفه صارت يده و ما يتفرع عنها من الأيدى ضمانيه و المالك حينئذ- كما عرفت- مخير بين الرجوع على أى شاء منهما على قاعده توارد الأيادى أو الأيدى، أما رجوع أحدهما على الآخر فقد عرفت قريبا بيانه.

(ماده: ۷۸۴) الشرط الواقع فى عقد الإيداع إذا كان ممكن الاجراء و مفيدا يكون معتبرا و الا فهو لغو

الذى تقتضيه القواعد كما سبق قريبا ان كل شرط يشترطه المالك المودع و يقبله الودعى و هو مقدور فهو لازم سواء كان مفيدا أو غير مفيد لان العقد وقع على هذه الصفه فيلزم العمل به و ما عداه لا رخصه فيه و لا اذن من المالك فيكون حراما و ضامنا، و لكن القوم لما كان باب الاستحسان مفتوحا عندهم على مصراعيه و كثيرا آخذون بالاستحسان و يطرحون النص فما نحن فيه يوشك ان يكون من هذا القبيل، و هو اجتهاد فى مقابله النص، و على كل فالحق هو الضمان إذا تخطى مورد الشرط، الا مع العجز عن العمل على حد ان (الضروريات تبيح المحظورات) نعم لو اشترط شرطا و تبين انه لو عمل الودعى به لا وجب تلف العين يمكن القول بلغويته و عدم وجوب اتباعه على تأمل أيضا، و لعل من هذا القبيل ما ذكرته (المجله) بقولها:

مثلا إذا كان قد شرط وقت العقد ان يحفظ المستودع الوديعه فى داره فنقلها المستودع الى محل آخر بسبب وقوع حريق فى داره لا يعتبر ذلك الشرط، و بهذه الصوره

إذا نقلها فهلكت بلا تعد و لا تقصير لا يلزم الضمان، و كذا إذا أمر المودع المستودع بحفظ الوديعه و نهاه عن ان يسلمها لزوجته أو ابنه أو خادمه أو لمن يأمنه على حفظ مال نفسه فإذا كان ثمه أمر مجبر على تسليم الوديعه لأحد هؤلاء كان ذلك النهى غير معتبر، و بهذه الصوره أيضا إذا هلكت الوديعه بلا تعد و لا تقصير لا يلزم الضمان، و إذا سلمها بلا مجبوريه فهلكت لزمه الضمان، كذلك إذا شرط ان تحفظ فى حجره معينه فحفظها المستودع فى حجره غيرها فان كان حجر تلك الدار متساويه فى الحفظ لا يكون ذلك الشرط معتبرا، و حينئذ إذا هلكت الوديعه فلا ضمان و أما إذا كان بين الحجر تفاوت كان كانت احدى الحجر بنيت بالأحجار و الأخرى بالأخشاب فيعتبر الشرط و يكون المستودع مجبورا على حفظها فى الحجره التى تعينت وقت العقد و إذا وضعها فى حجره دون تلك الحجره فى الحفظ فهلكت يكون ضامنا.

فان الحريق فى المثال الأول، و المجبوريه المفروضه فى الثانى يصلح ان يكون وجها لمخالفه الشرط، نظرا الى ان مثل هذه الشروط مقيده بقيد عقلى ارتكازى، فإن اشتراط وضعها بالدار مقيد بما إذا كانت الدار احفظ لها، و كذا حفظه بنفسه، أما مع اليقين بتلفها لو بقيت فى الدار فلا محل للشرط، و لكن لا يتم هذا فى المثال الثالث فإنه إذا عين حجره تعينت سواء تساوت الحجر أو اختلفت.

نعم لو حصل اليقين بان بقاءها فى تلك الحجره يوجب تلفها جاز أو وجب مخالفه الشرط، اما لو تساوى بقاؤها و نقلها تعين بقاؤها بالشرط

فتدبره جيدا.

(ماده: ۷۸۵) إذا كان صاحب الوديعه غائبا غيبه منقطعه

بحيث لا يعلم موته و لا حياته يحفظها المستودع الى ان يعلم موت صاحبها أو حياته.

و لا يجوز ان يسلمها للوارث و لا لغيره، نعم يجوز ان يسلمها لحاكم الشرع لولايته العامه و قد يتعين ذلك كما لو كانت مما يفسد بالمكث و دار الأمر بين ان تملك أو تباع و يحفظ ثمنها، فان اللازم دفعها اليه ليتولى ذلك، كل هذا حيث لا يكون للمودع وكيل خاص و الا وجب دفعها اليه لا لحاكم الشرع، و لو كان بقاؤها يفضى الى هلاكها فلم يبعها و لم يدفعها لحاكم الشرع أو لوكيله الخاص ضمن بلا اشكال لتقصيره فلا وجه لما ذكرته (المجله) بقولها فى ذيل هذه الماده:

إلا أنه إذا كانت الوديعه مما يفسد بالمكث فيبيعها المستودع بإذن الحاكم و يحفظ ثمنها امانه عنده، لكن إذا لم يبعها ففسدت بالمكث لا يضمن.

(ماده: ۷۸۶) الوديعه التى تحتاج إلى النفقه كالخيل و البقر نفقتها على صاحبها،

و إذا كان صاحبها غائبا فيرفع المستودع الأمر إلى الحاكم، و الحاكم حينئذ يأمر بإجراء الأنفع و الأصلح فى حق صاحب الوديعه فإن كان يمكن إيجار الوديعه يؤجرها المستودع برأى الحاكم و ينفق عليها من أجرتها أو يبيعها بثمن مثلها، و إذا لم يمكن

إيجارها فيبيعها فورا بثمن المثل، أو ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثه أيام ثم يبيعها بثمن مثلها، ثم يطلب نفقه تلك الأيام الثلاثه من صاحبها و إذا أنفق عليها بدون اذن الحاكم فليس له مطالبه صاحبها بما أنفقه عليها.

فلو تعسر أو تعذر مراجعه الحاكم و لم يتبرع هو و لا غيره مجانا أو بالعوض باعها بنفسه و أشهد عدلين على البيع و الثمن، و التقييد بثلاثه أيام لا وجه له، كل ذلك فى الغيبه المنقطعه، أما مع إمكان مراجعه المودع و إنذاره فان لم يرسل النفقه- إلى ثلاثه أيام أو أكثر حسب اختلاف الموارد- راجع المستودع الحاكم- الى آخر ما سبق.

(ماده: ۷۸۷) إذا هلكت الوديعه أو نقصت قيمتها بسبب تعدى المستودع أو تقصيره لزمه الضمان،

مثلا- إذا صرف المستودع نقود الوديعه فى أمور نفسه أو استهلكها ضمنها، و بهذه الصوره إذا صرف النقود التى هى أمانه عنده على الوجه المذكور ثم وضع بدل تلك النقود فى الكيس المعد لها فهلكت أو ضاعت و هو ذاهب بها ضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرعه السير فوق الوجه المعتاد أو بسبب آخر أو بلا سبب، و كذا يضمنها إذا سرقت، و كذا إذا وقع حريق و لم ينقل الوديعه إلى محل آخر مع قدرته على ذلك فاحترقت ضمنها.

هذا كله مما لا اشكال فيه، انما فيما لو خرج عن الامانه و تاب و أعاد بدلها مثلا أو قيمه كما فى (المجله): ثم وضع بدل تلك

النقود فى الكيس المعد لها إلخ .. فلو تلفت بعد ذلك بدون تعد فهل يضمنها لارتفاع الائتمان بذلك أو لا يضمن لأنها عادت بالقصد الثانى- قضيه مشكله- و التحقيق فيها انک عرفت قريبا ان الأمانات على ثلاثه أنواع.

الأول ما يكون القبض لمصلحه المالک فقط كالوديعه، و الوكيل بلا أجره، و عاريه الرهن، و ما فى هذا السبيل.

و هذا النوع مما تكون به يد القابض كيد المالک لا ينبغى الإشكال فى عدم ضمانه لو صدقه المالک بالتلف و ادعى عليه التقصير فليس عليه الا اليمين، و مثل هذا فيما لو ادعى السرقه أو الرد أو نحوهما فان القول قوله بيمينه فى جميع ذلک لانه محسن و أمين و (مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) الا ان يثبت خلاف ما يقول بالبينه.

الثانى-: ما يكون لمصلحه القابض فقط، و القول هنا أيضا قول المالک لا القابض عكس الاولى، فلو خان المستعير ثم عاد لا يرتفع الضمان عنه، لانه صار كالغاصب، و صارت يده ضمانيه و لا سبب لعود تلک اليد الزائله و (الزائل لا يعود) و هذا أيضا مما لا ينبغى الإشكال فيه، انما الإشكال فى:

الثالث-: و هو ما كان القبض فيه لمصلحه الطرفين و ذلک كالإجاره و المضاربه و الوكاله بالأجره و ما جرى على هذا النهج، فلو تعدى المستأجر فى العين المستأجره ثم عاد الى ما استحقه بالعقد أو شرط عليه شرطا فخالفه ثم عاد الى العمل به، ثم تلفت بغير تفريط فهل يضمنها

لانه صار کالغاصب أو لا لانه عاد إلی الأمانه؟ المسأله جـد مشـکله، و الـذی ظهر لی من التتبع فی کلمات فقهائنا انهم لا یرتبون احکـام الامـانه أصـلا علی هـذین القسـمین، حتی قبل المخالفه، فلو ادعی السـرقه أو الرد أو النقص یلزمه الإثبات و لا یقبل قوله بیمینه، بـل القول قول المالـک، و لاـ یقبـل قول الأـمین إلاـ فی القسم الأـول الـذی هو محسن و أمین نعم لو ادعی المالـک علیه التفریـط بعـد تصـدیقه فی التلـف أمکن الحکم بقبـول قـوله بیمینه فی جمیع الأقسـام الثلاـثه، و وجه الفرق بین هـذا و بین تلک واضح یظهر بالتأمل.

(ماده: ۷۸۸) خلط الودیعه بمال آخر بحیث لا یمکن تمییزها و تفریقها عنه، بدون اذن المودع یعد تعدیا،

بناء علیه لو خلط المسـتودع دنانیر الودیعه بدنانیر له أو دنانیر ودیعه عنده لآخر متماثله بلا اذن فضاعت أو سرقت لزمه الضمان، و کذا لو خلطها غیر المستودع علی الوجه المشروح ضمن الخالط.

«تحریر هـذا» ان فاعـل الخلـط امـا المالک المودع أو المسـتودع أو الأجنبی فإن کان هو المالک فقـد أبطل الإیـداع و برئت ذمه المستودع من العهده، و ان کان هو المستودع أو الأجنبی فلا یخلو اما ان یکون بالمماثل جنسا المساوی قیمه أو الأعلی أو الأدنی و امـا ان یکون بالمغـایر جنسـا و علی کـل التقـادیر امـا ان یمکن التمییز و الإـفراز، أو یتعـذر أو یتعسـر، فان کان الخلط بالجنس المساوی قیمه کخلط الحنطه بالحنطه المساویه، أو الدراهم بالدراهم، فالامانه بحالها إذ

لم يحدث بنظر العرف ما ينافى الحفظ فيقسمها و تبقى وديعه كما كانت و لو تلفت بلا تفريط لم يضمن، و ان كان بالجنس المتفاوت كحنطه جيده برديئه أو العكس فإن أمكن القسمه بالنسبه كثلث و ثلثين فكالأول و الا فكالخلط بالمغاير إن أمكن التمييز تعين كخلط الحنطه بالشعير الذى يمكن إفراز أحدهما بالماء فالشعير يطفو و الحنطه ترسب حيث لا يضر الماء و ان لم يمكن كان بحكم التلف و يتخير المودع حينئذ بين تغريم المستودع أو الأجنبى المثل أو القيمه أو البقاء على الشركه مع تغريمه أرش النقيصه أو عيب الشركه، و إذا غرم المثل أو القيمه صار المستودع أو الأجنبى شريكا مع صاحب المال المختلط انتقالا قهريا أو شركه قهريه هذا إذا بقى المال المختلط اما لو تلف بعد الخلط فالخالط ضامن للمودع مطلقا، سواء كان هو المستودع أو الأجنبى، لأن المستودع بتصرفه الغير المأذون به خرج عن الامانه و صار ضامنا، و لا ينافيه عدم الضمان لو تلفت بعد القسمه لأن الأمانه تعود بعد القسمه و إفراز المالين فليتدبر.

ثم ان الخلط و الامتزاج اما ان يكون اختياريا أو قهريا و الاختيارى اما ان يكون بإذن المودع أو بغير إذنه، اما بغير اذنه فقد تقدم و اما الواقع بإذنه أو قهرا فهو ما أنبأت عنه.

(ماده: ٧٨٩) إذا خلط المستودع الوديعه بإذن صاحبها على الوجه الذى ذكر فى الماده السابقه

أو اختلطت مع مال آخر بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريق أحد المالين عن الآخر، مثلا-

إذا تهری الكيس الـذی فيه دنـانير الوديعه داخـل صـندوق فيه دنـانير أخر للمسـتودع ممـاثله لها فاختلط المالان اشترك صاحب الوديعه و المسـتودع بمجموع الـدنانير كل منهما على قـدر حصـته، و بهذه الصوره إذا هلكت أو ضاعت بلا تعد و لا تقصـير فلا يلزم الضمان.

و حاصـلها ان الوديعه إذا اختلطت بمال المسـتودع أو غيره بإذن المودع أو قهرا صارت شـركه اختياريه أو قهريه و حكم الشركه ان تلفت- كلا أو بعضا- يكون على الشريكين و لا يضمن أحدهما للآخر إلا مع العدوان و حيث لا عدوان فلا ضمان.

و قـد اختلفت مـذاهب القـوم، فـالمنسوب الى أبی حنيفه: ان المـال كله يكـون للمسـتودع أو الأـجنبی و يضـمن حصه المودع و صاحبه أبو يوسف يقول: ان الكل يكون تابعا للأكثر و صاحبه يملك الجموع و يغرم للآخر.

و كلها أقاويل عاريه عن الدليل، و الحق ما ذكرناه فی الشركه و تجری فی الفرض المزبور أحكامها.

(ماده: ۷۹۰) ليس للمستودع إيداع الوديعه عند آخر بدون اذن و إذا أودعها فهلكت صار ضامنا،

ثم إذا كان هلاكها عند المسـتودع الثانی بتقصير أو تعد منه فالمودع مخير ان شاء ضمنها للمستودع الأول و ان شاء ضمنها للثانی فإذا ضمنها للمستودع الأول فيرجع على الثانی بما ضمنها.

ظاهر العباره ان الضمان على المستودع الأول فقط و هو قول

الحنفيه، لأن الثانى أمين الأول فلا رجوع عليه لا من المودع و لا من المستودع، أما بقيه فقهاء المذاهب فقد ذهبوا إلى أن المودع مخير بين الرجوع على الأول أو الثانى، فإن رجع على الثانى رجع الثانى على الأول و لا عكس، و هو قول الإماميه قاطبه، على قاعده توارد الأيدى على العين الواحده، هذا إذا هلكت عند الثانى بغير تفريط، اما لو هلكت بتفريطه أو تعديه فللمودع الرجوع على كل منهما اتفاقا و قرار الضمان على الثانى كما صرحت هذه الماده

(ماده: ۷۹۱) إذا أودع المستودع الوديعه عند آخر

بإذن المودع خرج المستودع الأول من العهده و صار الثانى مستودعا.

فلا رجوع على الأول لو تلفت عند الثانى مطلقا.

(ماده: ۷۹۲) كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعه بإذن صاحبها فله ان يؤجرها أو يعيرها و ان يرهنها أيضا،

و اما لو آجرها أو أعارها لآخر أو رهنها بدون اذن صاحبها فهلكت أو نقصت قيمتها فى يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ضمن لو اختصر كل ذلك بكلمتين لكان أصح و أفصح فقال: كل تصرف من استعمال أو عقد على الوديعه بإذن صاحبها نافذ و بدونه باطل بل و ضامن ان دفعها الى المستأجر أو المستعير، و لا حاجه الى هذه التطويلات الممله أو المخله مثل:

(ماده: ۷۹۳) إذا أقرض المستودع دراهم الوديعه لآخر بلا اذن و لم يجز صاحبها ضمنها المستودع،

و كذا

لو أدى المستودع دين المودع الذى بذمته من الدراهم المودعه التى بيده فلم يرض المودع ضمن أيضا.

(ماده: ٧٩۴) يلزم رد الوديعه إلى صاحبها إذا طلبها

و مئونه الرد و التسليم اى مصارفهما و كلفتهما عائده إلى المودع و إذا طلبها المودع فلم يسلمها له المستودع و هلكت أو ضاعت ضمنها المستودع لكن إذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئا عن عذر كان تكون حينئذ فى محل بعيد ثم هلكت أو ضاعت فلا يلزم الضمان.

عرفت قبلا- ان الوديعه أمانه مالكيه فلا- يجب ردها الا- مع الطلب بنفسه أو وكيله فيردها له أو لوكيله فى خصوص الرد و كان ينبغى ان يضم إليها.

[ماده: ٧٩۵] يرد المستودع الوديعه بذاته أو على يد أمينه

و إذا أرسلها و ردها بواسطه أمينه فهلكت أو ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تقصير فلا ضمان

(ماده: ٧٩۶) إذا أودع رجلان مالا مشتركا لهما عند شخص

ثم جاء أحد الشريكين فى غيبه الآخر و طلب حصته من المستودع فان كانت الوديعه من المثليات إعطاء المستودع حصته و ان كانت من القيميات لا يعطيه إياها.

منع أبو حنيفه من إعطاء أحدهما بدون حضور الآخر مطلقا و فصل صاحباه هذا التفصيل، و لعل نظرهما الى ان إعطاء حصته من المثلى كالطعام و نحوه لا ضرر فيه و قسمته ممكنه بسهوله بخلاف القيمى

كالعبد و الجوهر، و يؤخذ عليهما ان اللازم حينئذ جعل المدار على إمكان القسمه و عدمها لا على المثلى و القيمى إذ رب مثلى لا يمكنه كالثوب و نحوه.

و على كل فالحق هو المنع مطلقا لأن إعطاء حصه أحدهما قسمه و المستودع حسب الفرض غير مفوض عليها و لا مأذون بها فيضمن نعم لو اذنا له فى ذلك صح بلا اشكال، و لو دفع لأحدهما حصته فى صوره عدم الجواز فتلفت اشترك الاثنان فى الباقى و استقر الضمان على من تلفت الحصه فى يده و يشتركان أيضا فى بدلها.

(ماده: ٧٩٧) يعتبر مكان الإيداع فى تسليم الوديعه

مثلا- لو أودع مال فى (استانبول) يسلم فى (استانبول) أيضا و لا يجبر المستودع على تسليمه فى «ادرنه». و هذا واضح.

(ماده: ٧٩٨) منافع الوديعه لصاحبها

مثلا- نتاج حيوان الوديعه- أى فلوه و لبنه و شعره- لصاحب الحيوان.

هذا واضح لان منافع العين لمالكها و لا فرق فى ذلك بين المنافع العينيه كاللبن و الصوف و النتاج و بين الاعتباريه كسكنى الدار و ركوب الدابه.

و من الغريب هنا قول بعض الشراح.

أما غير المتولده كبدل الإيجار فهى إلى المستودع فإذا آجر المستودع الوديعه و أخذ أجرتها تكون له دون المودع و ان كانت غير طيبه و كذا إذا اتجر المستودع بالنقود المودعه و ربح بها فالربح له دون

المودع ا ه.

(ماده: ۷۹۹) إذا كان صاحب الوديعه غائبا ففرض الحاكم من الدراهم نفقه

لمن يلزم صاحب الوديعه الإنفاق عليه بطلبه فصرف المستودع تلك النفقه المفروضه من الدراهم المودعه لا يلزم الضمان، و أما إذا صرف بدون أمر الحاكم فيضمن.

و من المعلوم ان الحاكم لا يحكم بهذا الحكم الا بعد تحقق مقدمات.

(منها) استحقاق النفقه.

و (منها) عدم إمكان مراجعه المودع.

و (منها) عدم وجود مال آخر له و هكذا.

كما انه لو تعذر أو تعسر مراجعه الحاكم كان لنفس المستودع ان ينفق منها على واجب النفقه و لكن مع أخذ الوكيل على دفع بدلها لو تبين ان المودع كان قد دفع النفقه أو كان المنفق عليه غير مستحق.

(ماده: ۸۰۰) إذا عرض للمستودع جنون بحيث لا نرجى إفاقته

و لو صحوه منه و كان قد استودع مالا قبل جنونه ثم لم يوجد عنده المال المذكور بعينه كان للمودع ان يعطى كفيلا ماليا و يضمنها من مال المجنون، ثم إذا أفاق المجنون فادعى رد الوديعه لصاحبها أو هلاكها بلا تعد و لا تقصير يصدق بيمينه و يسترد ما أخذ من ماله بدل الوديعه.

هذه القضيه الفرضيه مرجعها الى الحاكم الذى هو ولى المجنون و هى منوطه إلى نظره، و كل تصرف يكون فى ماله من غير اجازه الحاكم

فهو حرام باطل حتی لو وجد المودع عین ماله- أی الودیعه- لا یجوز له أخذها إلا بمراجعه الحاکم علی الأحوط الا فی بعض الصور.

(ماده: ۸۰۱) إذا مات المستودع و وجدت الودیعه عینا فی ترکته تکون امانه فی ید وارثه فیردها لصاحبها

و اما إذا لم توجد عینا فی ترکته فإن أثبت الوارث ان المستودع قد بین حال الودیعه فی حیاته کان قال: رددت الودیعه لصاحبها، أو قال: ضاعت بلا تعد، فلا یلزم الضمان، و کذا لو قال الوارث: نحن نعرف الودیعه، و فسرها ببیان أوصافها ثم قال: انها هلکت، أو ضاعت بعد وفاه المستودع، صدق بیمینه و لا ضمان حینئذ، و إذا مات المستودع بدون ان یبین حال الودیعه یکون مجهلا فتؤخذ الودیعه من ترکته کسائر دیونه، و کذا لو قال الوارث، نحن نعرف الودیعه بدون ان یفسرها و یصفها لا یعتبر قوله: انها ضاعت، و بهذه الصوره إذا لم یثبت انها ضاعت یلزم الضمان من الترکه.

لا- ریب ان الودیعه کالوکاله تبطل بموت کل من المودع و المستودع و حینئذ یجب علی وارث المستودع بمجرد موته ان یرد العین الی المودع کما یجب علی نفس المستودع ان یردها علی وارث المودع لو مات لأنها خرجت عن الأمانه المالکیه و صارت شرعیه فلو لم یبادر الی ردها و تلفت ضمنها مطلقا حتی مع عدم التعدی و لا یصدق بدعوی التلف من غیر تفریط حتی مع یمینه بل یلزمه الإثبات لو ادعی عدم التقصیر فی المبادره علی تأمل

و على كل فإطلاق (المجله) انها تكون امانه فى يد وارثه على إطلاقه غير سديد.

و كذا قولها: لو قال الوارث نحن نعرف الوديعه و فسرها إلخ.

فلو مات المستودع و لم يعلم حال الوديعه لا تؤخذ من تركته الا بعد إقرار الورثه أو إثباتها عند حاكم الشرع و يمين المودع انه لم يسترجعها

(ماده: ۸۰۲) إذا مات المودع تسلم الوديعه لوارثه

لكن لو كانت التركه مستغرقه بالدين فيرفع الأمر إلى الحاكم فان سلمها المستودع الى الوارث بدون اذن الحاكم فاستهلكها هو ضمن المستودع.

(ماده: ۸۰۳) الوديعه إذا لزم ضمانها

فان كانت من المثليات تضمن بمثلها و ان كانت من القيميات تضمن بقيمه يوم لزوم الضمان.

عرفت مكررا انهم قسموا الأموال إلى مثليه و قيميه، و حكموا بأن المثلى يضمن بالمثل و القيمى بالقيميه، و عرفوا كلا منهما بتعاريف لا تخلو من نقاش، و ذكرنا ما عندنا فى هذا الموضوع، و ان الأصل فى ضمان كل مال هو المثل، فحيث يوجد مثله وجب مثليا كان أو قيميا و الا وجبت القيمه أيضا كذلك راجع (الجزء الأول) و لو أودع عنده سند الدين أو قباله المهر أو صك ملكيه الدار أشكل قضيه الضمان، و لكن إذا كان ضياع السند يوجب فوات الدين و جحود الدائن فيمكن دعوى لزوم ضمان الدين عليه لانه قد فات

علیه بسببه و ان کان لا یخلو من اشکال.

و قد أهملت (المجله) علی عادتها مسائل الخلاف و التخاصم بین المودع و المستودع و غیرها و ها نحن نذکر المهم فی مواد.

(۱) لو ادعی فی المال الذی بید شخص أنه ودیعه فأنکر فالقول قوله بیمینه.

(۲) لو اعترف بالودیعه و ادعی الرد أو التلف أو عدم التفریط أو الإنفاق علیها لحفظها أو اجره نقلها الی مکان حریز، أو ما یجری هذا المجری، ففی کل ذلک القول قول المستودع لما عرفت من انه محسن و أمین فیصدق بیمینه و ان کان مدعیا و لکن خرج عن قاعده المدعی بالإحسان.

(۳) لو أنکر الودیعه ثم اعترف بها و ادعی التلف لم یقبل قوله و علیه الإثبات لأنه خرج بالجحود عن الائتمان، و لکن لو ادعی ان الجحود کان لنسیان أو غرض آخر معقول یحلف علی ذلک و علی التلف أو الرد و یبرأ من الضمان، و هکذا لو ادعی الرد ثم ادعی التلف أو العکس (۴) لو اعترف ان المال لزید و لکنه ادعی الودیعه و تلف بلا تفریط فلا ضمان، و لو ادعی زید انه قد غصبه منه فالقول قول المقر بیمینه، و علی مدعی الغصب الإثبات.

(۵) لو اعترف انه له و لکنه عاریه یملک منافعها و ادعی المالک انه ودیعه فمنافعها له فالقول قول مدعی العاریه بیمینه علی تأمل (۶) لو اعترف انه له و ادعی المالک انه إجاره و ادعی

المعترف أنه وديعه فالقول قوله بيمينه.

(۷) لو کان له علیه دین و له عنده وديعه بقدره فدفع ذلک المبلغ و قال: هو دينک و الوديعه تلفت يقبل قوله بيمينه.

(۸) لو ادعى اثنان ان العين التی هی بيد زيد وديعه لهما فاما ان يصدقهما فيدفعها لهما أو يعترف بها لأحدهما المعين أو المردد أو ينكرهما معا، فان اعترف بها لمعين دفعها له و انحصرت بينه و بين الآخر الدعوى ان ادعى كل منهما الاختصاص و الا اشتر كا.

و ان اعترف لأحدهما المردد بقيت بيده الى ان تنتهی الدعوى بينهما فيدفعها لمن حكم له الحاكم، و ان أنكرهما معا توجه اليمين عليه لكل واحد منهما، فان لكل حلفا و كان المال بينهما ان ادعيا الاشتراک، و الا بقی بيده أو يدفعه للحاكم الى ان تنتهی الخصومه بينهما، و ان حلف لواحد و نكل عن الآخر حلف و أخذ المال، و لو نكل حلف الآخر و أخذه (۹) لو تنازعا فقال أحدهما للآخر: ان الذی دفعته لی هو دينی عليک، و قال الآخر: بل هو وديعه يلزمک ان تردها لی و المسأله لا تخلو من غموض و لا يبعد ترجيح قول مدعی الوديعه لأصاله عدم الدين و لاعترافه بان يده متفرعه و مسبوقه بيد الآخر، و مع ذلک فهی محتاجه إلى التأمل.

و لعل هناک صورا اخرى للخلاف و فی ما ذكرنا كفايه.

الباب الثالث (فی العاریه)

اشاره

(و یشتمل علی فصلین)

(الفصل الأول) فی (المسائل المتعلقه بعقد الإعاره و شروطها)

اشاره

[و هاهنا مباحث]

(الأول) ان (المجله) أدمجت العاریه فی مباحث الودیعه،

و جعلتها- أی العاریه- بابا من أبواب الودیعه نظرا للقدر الجامع بینهما، و انهما من أصل واحد- و هو الامانه- و غفلوا عن البون الشاسع بینهما، و الفرق العظیم، و ان الودیعه ضد العاریه تماما ضروره أن الودیعه ائتمان المالک، و العاریه ائتمان لمصلحه القابض و لهذا اختلفا فی الأحکام فدعوی الرد یقبل بالیمین فی الودیعه، و لا یقبل فی العاریه، و کذا دعوی التلف و نحوه.

و «الحاصل» الاولی أفراد العاریه بکتاب مستقل کما صنعه

عامه فقهائنا، و هـذا سـهل لا أهميه له، انما المهم و المشـكل جـدا معرفه ان العاريه عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول، أو هو إيقاع يكفى فيه الصيغه من المالك، و لعل هذا يبتنى على قضيه تعرف حقيقه هذا العقد و انه هل هو تمليك المنافع أو إباحه و رخصه فى الانتفاع لا غير فهى على الأول عقـد و على الثانى إيقاع، و عنـد تـدقيق النظر، و تعمق الفكر لا تجـد العاريه عنـد العرف تفيد أكثر من جواز الانتفـاع لا أقل و لا أكثر و ليس لها نظر الى قضـيه التمليك أصـلا، و كـذا لو ان المسـتعير وهب المنافع أو صالح عليهـا أو نقلهـا بغير اذن المالـك أو إجـازته إلى الغير بأحـد الأسـباب النـاقله كان ذلك عـدوانا منه و عملا باطلا، و لو انه ملك المنافع بالعاريه لجاز له كل ذلك فليتدبر.

(الثانى) انهم ذكروا ان (العاريه) تشدد و تخفف- من التعاور

بمعنى التـداول من يـد الى يـد مثلها العاره و الجمع عوارى و فعلها اعتور أو من أعاره اعاره بمعنى أخـذه و ذهب بسـرعه و ربما رجع الى الأول أو من عراه بمعنى قصده أو من العار و هو اروهن الجميع فان العار بائى و العاريه و أوى و لذا تجمع على عوارى و لا- يحسن اطـاله البحث فى هـذا فـان معنى العـاريه اسـتعمالا عنـد الشـرع و العرف اجلى من كـل تلـك المآخـذ، و له اطلاقان (أحدهما) عند المتشرعه اعنى الفقهاء حيث يقولون كتاب العاريه و احكام العاريه و أمثال ذلك فإنهم يريدون به ذلك العقد أو الإيقاع الذى يفيد تمليك المنافع أو إباحتها مجانا (ثانيهما) عند

العرف حيث يقولون هـذا الثوب عـاريه و هـذا الكتـاب مسـتعار أو عـاريه و يريـدون به العين التى أباح المالك منافعها أو ملكها لغيره مجانا فهى تطلق على اسم المعنى مره و على اسم العين اخرى و أصـح مأخـذها التعاور بمعنى التداول سواء جعلناها مصدرا أو اسم مصدر أو اسم عين.

(الثالث) ان الظاهر من مصاديق العاريه المتداوله بين الناس انها إباحه الانتفاع بالعين مجانا

فهى إلى الإيقاع أقرب منها الى العقد و لكن المشـهور بين الفريقين انها من العقود و هو صريح المجله ماده «۸۰۴» الإعاره تنعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى مثلا لو قال شخص لآخر أعرتك مالى هذا أو قال أعطيتك إياه عاريه فقال الآخر قبلت أو قبضه و لم يقـل شـيئا أو قال رجل لإنسان أعطنى هـذا المال عاريه فأعطاه إياه انعقـدت الإعاره، و هـذا هو الـذى يظهر من «المحقق» فى الشـرائع حيث قال رضوان اللّه عليه: و هى عقد ثمرته التبرع بالمنفعه- و لكنه أصاب حيث قال فى آخرها: و لا يجوز اعاره العين المستعاره إلا بإذن المالك و لا إجارتها لأن المنافع ليست مملوكه للمستعير و ان كان له استيفاؤها (انتهى) و قد رد بهذا كل من توهّم أو عبر عن العاريه بأنها تمليك المنفعه للمستعير و من تأمله وجده كالصريح فى ان حقيقتها إيقاع و ان وقعت بصوره العقد و اشـتملت على الإيجاب و القبول فإنه صوره عقـد لا عقـد حقيقه و لا ينبغى الريب فى هذا كما لا ريب فى جريان المعاطاه فيها عقدا كانت أو إيقاعا فالعقد يقع كما تشعر به هنا عباره «المجله»

بکـل مـا دل علیهـا من الألفاظ شأن العقود الجائزه عموما و ان کان أقصـی ما تنتهی العاریه إلیه هو الأذن- و الاذن لا یحتاج إلی إیجاب و قبول، و أیضا فإن العقود التزامات و تعهـدات و العاریه لا التزام فیها و لا تعهد نعم لا مانع من وقوعها بصوره العقد کما عرفـت. و مـن الغریـب ان السـید الأسـتاد قـدس سـره فی (العروه) تردد فی جمله مـن العقـود الـتی لاـ ینبغی الریب فی عقیـدتها کالضـمان و الحواله و الوکاله ثم جزم أخیرا بأنها إیقاعات و لم یـذکر العاریه منها و هی أحق بالـذکر و الجزم بکونها إیقاعا أما تلـک العقود فلاـ ریب فی کونهـا عقودا و لاـ سـیما الضـمان و الحواله، و علی کـل فإحراز الرضا الفعلی من المالک قولا و فعلا بانتفـاع شـخص بمـاله کاف فی جواز التصـرف و الانتفاع و یکون عاریه و تجری علیه أحکامها سواء کانت عقـدا أو إیقاعا کما صرح به المحقق فی عبارته المتقدمه فتدبره جیدا.

ماده «۸۰۵» سکوت المعیر لا یعد قبولا

فلو طلب شـخص من آخر اعاره شی ء فسکت ثم أخذه المستعیر کان غاصبا،،، السکوت لا یعد قبولا و لا یدل علی الرضا الا فی موارد مخصوصه یکون شاهـد الحال فیها دلیلا علی الرضا اما السـکوت بذاته فلا یدل علی شـی ء و قد تقدم فی الجزء الأول فی القواعد الکلیه، ماده (۶۷) لا ینسب الی ساکت قول لکن السکوت فی معرض الحاجه بیان.

و القصاری انه لا خصوصـیه فی العاریه و لا غیرها فی عـدم الاکتفاء بالسـکوت و ان المدار فی جمیع موارده علی القرائن الحالیه فإن دلت علی

الرضـا فهـو و الاـ فالسـكوت ليس لـه أى أثر، و مـن هنـا ينـدفع سؤال الفرق بيـن الـوديعه و بيـن العـاريه حيث اكتفت (المجله) بالسـكوت فى الأـولى دون الثـانيه كما نصت عليه ماده (۷۷۳) فـان القرينه هنـاك دلت على الرضـا لا السـكوت و لو حصل فى العاريه لكفى لكنها فى الغالب لا تحصل فافهم هذا جيدا.

ثم ان من المتفق عليه ان العاريه كالوديعه عقدا كانت أو إيقاعا جائزه بمعنى ان للمعير أن يرجع متى شاء لأنها فى الحقيقه ليست إلا الاذن بالتصـرف كما عرفت و تعرف فى ماده (۸۰۶) و للمسـتعير أن يرجع عن الإعاره متى شاء، و ماده (۸۰۷) تنفسخ الإعاره بموت المعير و المستعير.

بل يرتفع الاذن بموت أحدهما لزوال الموضوع و التعبير بالانفساخ تسامح

ماده (۸۰۸) يشترط كون المستعار صالحا للانتفاع به

بناء عليه لا تصح اعاره الحيوان الناد الفار و لا استعارته،،، ان كان الحيوان الفار مما يستبعد فى العاده عوده كالطير الوحشى الذى صاده ثم طار أو السمك الذى رجع الى الماء كانت العاريه لغوا لعدم موضوع لها و ان كان مما يمكن عوده عاده أو يمكن و لو للمستعير تحصيله فلا مانع من صحه العاريه.

ماده (۸۰۹) يشترط كون المعير و المستعير عاقلين مميزين

و لا يشترط كونهما بالغين بناء عليه لا يجوز اعاره المجنون و لا الصبى غير المميز أما الصبى المأذون فيجوز إعارته و استعارته

اعتبار قيـد التميیز بعـد اعتبار قيد العقل مسـتدرک عند اولى التمييز اما عند الإماميه فالبلوغ معتبر فى جميع المعاملات و لا يكفى التمييز إلاـ فى موارد مخصوصه كوصـيه من بلغ عشـرا و نحوهـا من اعمـال البر و المعروف و يمكن على القول بأن العاريه إباحه اندراجها فى ذلک على تأمل.

ماده (۸۱۰) القبض شرط فى العاريه

فلا حكم لها قبل القبض، لم نجد لفقهائنا و لا لفقهاء المذاهب نصا على هذا الشـرط و بناء على كونها عقدا فحال القبض بالنسبه إليها حال سائر العقود اما بناء على كونها إباحه و رخصه فلا معنى لاعتبار القبض فيها أصلا كما هو واضح

ماده (۸۱۱) يلزم تعيين المستعار

و بناء عليه إذا أعار شـخص احـدى دابتين بـدون تعيين و لا تخيير لا تصـح الإعاره بل يلزم ان يعين المعير منهما الدابه التى يريد إعارتهـا لكن إذا قال المعير للمسـتعير خـذ أيهما شـئت عاريه و خيره صـحت العاريه،،، ليس معنى هـذا لزوم التعيين بل معناه ان الإبهام مفسـد للعاريه فإذا أعاره احـدى الـدابتين و جعل الخيار له أو للمسـتعير صـح لعـدم الإبهام فتتوجه العاريه الى ما يقع عليه الاختيار اما لو أعاره واحده منهما من دون تعيين و لا تخيير بطلت للإبهام فتأمله فإنه لا يخلو من دقه.

الفصل الثانی (فی بیان أحکام العاریه و ضماناتها)

ماده (۸۱۲) المستعیر یملک منفعه العاریه بدون بدل

بناء علیه لیس للمعیر ان یطلب من المستعیر اجره بعد الاستعمال،،، هذا هو قوام حقیقه العاریه و هو اما إباحه المنافع أو تملیکها بلا عوض و هذا هو الفارق بینها و بین الإجاره

ماده (۸۱۳) العاریه امانه فی ید المستعیر

فإذا هلکت أو ضاعت أو نقصت قیمتها بلا تعد و لا تقصیر لا یلزم الضمان مثلا إذا سقطت المرآه المعاره من ید المستعیر قضاء بلا عمد أو زلقت رجل المستعیر فانصدمت علی مرآه فانکسرت لا یلزمه الضمان و کذا لو وقع علی البساط المعار شی ء فتلوث به و نقصت قیمته فلا یضمن،،، من الشائع المعروف علی السنه المتفقهه عندنا ان العاریه لا تضمن إلا عاریه الذهب و الفضه و الا مع الشرط و هی العاریه المضمونه و الظاهر ان هذا مما تفردت به الإمامیه فقد تظافرت نصوص أهل البیت (ع) ان العاریه لا تضمن الا ما کان من ذهب أو فضه فهی مضمونه الا ان یشترط عدم ضمانها فأسباب ضمان العاریه ثلاثه (الأول) التعدی

و التفريط (الثانى) اشتراط ضمانها (الثالث) كونها من ذهب أو فضه و ان لم يشترط الا ان يشترط عدمه و موارد التعدى لا تعد و قد أشارت المجله الى بعضها فى ماده (۸۱۴) إذا حصل من المستعير تعد أو تقصير بحق العاريه ثم هلكت أو نقصت قيمتها فبأى سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضـمان الى قولها: و كذلك إذا استعار إنسان حليا فوضعه على صبى و تركه بدون ان يكون عنـد الصبى من يحفظه فسرق الحلى فـإن كان الصبى قادرا على حفظ الأشـياء التى عليه لا يلزم الضـمان و ان لم يكن قادرا لزم المسـتعير الضـمان،،، كل ذلك لان التقصـير و التجاوز يخرجه عن الامانه فيكون ضامنا مطلقا سواء كان التلف سـماويا بعد ذلك أو غير سماوى كما ان وضع الحلى المستعار على الصبى بغير اذن المعير تقصير يوجب الضمان بالتلف مطلقا.

ماده (۸۱۵) نفقه المستعار على المستعير،

بناء عليه لو ترك المسـتعير الدابه المعاره بدون علف فهلكت ضمن، تقدم فى صفحه ۱۶۶ من الجزء الثانى احتمال ذلك و لكنه محل نظر بل الأصل الأولى يقتضى كونها على المالك و الا كانت أشبه بالإجاره التى هى تمليك بعوض هذا مع الإطلاق اما مع الشرط فلا ريب انه هو المتبع.

ماده (۸۱۶) إذا كانت الإعاره مطلقه اى لم يقيدها ..

حاصل هـذه الماده و التى بعدها ان العاريه تاره تقع مطلقه فتقيد بالعرف و العاده فلو تجاوزهما و عطبت ضـمن و تاره تقع مقيده فلو تجاوز القيد

ضمن مطلقا سواء تجاوزه إلى المساوى أو الأعلى أو الأدنى و لا حاجه الى كل ذلك التطويل، و من هنا تعرف الخلل فى ماده (٨١٨) إذا قيدت الإعاره بنوع ..

فان ذكر المعير لنوع من الأنواع ان كان على نحو القيديه لا يجوز التجاوز عنه حتى إلى الأدنى و الأخف لعدم الاذن فيه غايته ان قرائن المقام غالبا تدل على ان المراد بالقيد هو التحديد بالنسبه إلى الأشد لا ـ الأخف و ان الملحوظ رعايه العنايه بالعين و المحافظه عليها اما مع الشك و عدم القرينه المفيده للعلم فلا يجوز التعدى. و أوهى من هذا كله ما فى ماده (٨١٩) إذا كان المعير أطلق الإعاره بحيث لم يعين ..

فقد مرت عليك الإشاره الى أن إطلاق العاريه يقتضى اقتصار المستعير فى الانتفاع بنفسه و لا يجوز التعدى إلى غيره الا ان يصرح له بالتجاوز فإن العاريه سواء كانت تمليكا أو إباحه هى على خلاف الأصل لأنها تمليك مجانى، فالقدر المتيقن من قول المالك أعرتك حجرتى جواز سكناه فيها بنفسه أو مع من يتصل به عاده و لا يشمل الأجنبى قطعا و لو أعاره الفرس لا يجوز ان يدفعها المستعير ليركبها غيره الا مع تصريح المالك، و من هذا يظهر الاضطراب فى ماده (٨٢٠) يعتبر تعيين المنتفع فى إعاره الأشياء التى تختلف باختلاف المستعملين و لا يعتبر فى إعاره الأشياء التى لا تختلف به الا انه ان كان المعير نهى المستعير عن ان يعطيه لغيره فليس للمعير ان يعيره لآخر يستعمله، مثلا

لو قال المعير للمستعير أعرتک هذا الفرس لترکبه أنت فليس له ان يرکبه خادمه، و أما لو قال له أعرتک هذا البيت لتسکنه أنت کان للمستعير ان يسکنه و ان يسکن فيه غيره، لکن إذا قال له أيضا لا تسکن فيه غيرک فليس له حينئذ ان يسکن فيه غيره.

و مجال النظر فيها من وجهين (الأول) ان اعتبار تعيين المنتفع فی إعاره الأشياء التی تختلف باختلاف المستعملين ممنوع بل غايته ان المعير ان عين شخصا تعين و ان أطلق انصرف الی المستعير بنفسه و لا يجوز ان يتجاوز الی غيره (الثانی) ان جعل الفرس مما يختلف و البيت مما لا يختلف أيضا محل منع فان الساکنين أيضا يختلفون باستعمال البيوت فلو قال له أعرتک البيت فظاهر هذا اختصاص العاريه به فلا يجوز ان يسکنها صديقه أو قريبه إلا بإجازه صريحه خاصه أو عامه (و القصاری) ان المتبع مقدار الأذن و أخذ المتيقن من کلامه، و کل مورد يشک فيه فالأصل عدم الجواز و عليه يبتنی ماده (۸۲۱) لو استعير فرس بان يرکب الی محل معين الی آخرها.

فإن العاريه و الأذن مع الإطلاق ينصرف الی المتعارف و يبقی غيره مشکوکا و الأصل عدم الجواز فلو تجاوز المتعارف ترتب الضمان عليه بالتلف حتی مع عدم التعدی و التفريط.

ماده «۸۲۲» إذا طلب شخص من امرأه اعاره شی ء هو ملک زوجها فاعارته إياه بلا اذن الزوج فضاع

فان کان ذلک الشی ء

مما هو داخل البيت و فى يد الزوج عاده لا يضـمن المسـتعير و لا الزوجه أيضا و ان لم يكن ذلك الشى ء من الأشياء التى تكون فى يد النساء كالفرس فالزوج مخير ان شاء ضمنه لزوجه و ان شاء ضمنه للمستعير.

العباره مضافا الى سوء التعبير من حيث العربيه فى ضـمنه لزوجه- قاصره عن بيان المراد، و محصلها ان المرأه إذا أعارت شيئا من أثاث البيت الذى هو فى ملك الزوج و لكنه فى يدها لانه من مرافق الحياه البيتيه فاعارته و تلف عند المسـتعير من غير تقصير فلا ضمان عليها و لا على المستعير و ان لم يكن فى يدها كالفرس و الكتاب مثلا فالزوج مخير بين تضـمين الزوجه و ترجع على من تلف المال بيده أو تضمين المستعير فان كان مغرورا منها رجع عليها و الا فلا و لكن عدم الرجوع فى الشق الأول مشروط بوجود اذن الفحوى و قرائن الحال برضا الزوج ان تعير شـيئا مما فى يدها من أمواله و الا فهى ضامنه أيضا و من هنا تعرف القصور أيضا فى عباره المجله هنا لفظا و معنى.

ماده (۸۲۳) ليس للمستعير ان يؤجر العاريه و لا ان يرهنها

بـدون اذن المعير فـإذا اسـتعار مالاـ ليرهنـه على ديـن فى بلـد فليس لـه ان يرهنه على دين فى بلـد أخرى فـإذا رهنه فهلـك لزمه الضمان.

و هـذا يكشف عن عـدم ملكيه المسـتعير للمنافع و الا فلو كان مالكا لها لجاز نقلها الى غيره بإجاره و صـلح أو غيرهما اما الرهن فلا يصح بدون الأذن الصريح لان الرهن يقف على المالك و المستعير غير مالك

ماده (۸۲۴) للمستعير ان يودع العاريه عند آخر

فإذا

هلكت فى يد المستودع بلا تعد و لا تقصير لا يلزم الضمان مثلا إذا استعار دابه على ان يذهب بها الى محل كذا ثم يعود فوصل الى ذلك المحل فتعبت الدابه و عجزت عن المشى فأودعها عند شخص ثم هلكت حتف أنفها فلا ضمان، هذا على إطلاقه ممنوع بل هو مقيد بصوره الحاجه و الضروره و حيث يتوقف الحفظ على إيداعها اما مع عدم ذلك فلا يجوز له ان يودعها عند الغير فإنه تصرف غير مأذون فيه فلو تلف كان مضمونا.

ثم ان المواد المذكوره هنا فى المجله من ماده (۸۲۵) إلى (۸۳۱) كلها واضحه لا تعليق لنا عليها سوى الماده الأخيره «۸۳۲» إذا كانت إعاره الأرض للزرع سواء كانت موقته أو غير موقته ليس للمعير ان يرجع بالإعاره و يسترد الأرض قبل وقت الحصاد،،، هذا يوشك ان يكون تهافتا مع الماده التى قبلها الظاهره فى أن له الرجوع فى الموقته مطلقا غايته انه يضمن التفاوت.

ثم ان العاريه إذا كانت موقته الى شهر مثلا و تأخر وقت الحصاد بعده الى شهرا و اثنين ثم رجع المعير فاللازم على المستعير اما ان يقلع الزرع و يجعله قصيلا أو يعطى اجره المده الباقيه إلى الحصاد و كذا لو كانت غير موقته فإن عدم التوقيت لا يجعلها لازمه على المعير بل له الرجوع متى شاء على أصل قاعده العاريه المطلقه نعم فى الموقته يمكن ان يقال انه لا يجوز له الرجوع فى أثناء المده لأن التوقيت كالتزام

ضمنی فلا بد من الوفاء به و یمکن المناقشه فیه بأنه و ان کان التزاما لکنه غیر لازم و لا وقع شرطا فی ضمن عقد لازم،،، الی هنا انتهت مباحث العاریه (و للّه الحمد و المنه)

بسم اللّه الرّحمن الرّحیم و له الحمد

الکتاب السابع فی الهبه

اشاره

یشتمل علی مقدمه و بابین

المقدمه فی بیان الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالهبه

اشاره

ماده (۸۳۳)

الهبه:

تملیک مال لآخر بلا عوض و یقال لفاعله واهب، اعلم ان معنی الهبه و مشتقاتها حسب استعمالاتها اللغویه واسع الی مدی شاسع و أقرب عباره تعرب عنه هو العطاء و النحله المشوب برشحه من الإحسان و التفضل سواء کان المعطی مالا أو غیره عینا أو غیرها فیصح ان تقول بلا تکلف و عنایه وهبتک ودی کما تقول وهبتک مالی و یصح ان تقول وهبنی اللّه ولدا کما تقول وهبنی عزا و ملکا (فَهَبْ لِی مِنْ لَدُنْکَ وَلِیًّا یَرِثُنِی)- (وَ وَهَبْنا لَهُ إِسْحاقَ وَ یَعْقُوبَ) کلها استعمالات حقیقیه لا تجوز فیها أصلا، نعم اختصت الهبه فی لسان الشرع و المتشرعه بتملیک العین بلا عوض کما سیأتی و هو المراد هنا،،، و کما ان البیع و الإجاره هما أصل عقود المعاوضات أی الأصل فی مبادله المال

بالمال فكـذلك الهبه و العاريه هما الأصل فى عقود المجانيات و هما أظهر و أشـهر ما يقع به تمليك العين أو المنفعه بلا عوض بناء على اندراج العاريه فى العقود على المشـهور- و ان كان الأصح عندنا ان حقيقتها اذن و إباحه كما سـبق، و على كل- فالهبه هى الأصـل فى تمليـك الأعيان بلا عوض. فالهبه فى الأعيان كالعاريه فى المنافع، و العاريه- الأصل فى إباحه المنافع أو تمليكها مجانا. و قـد شاع عنـد الفقهاء تعريف الهبه بأنها تمليك مال بلا عوض و فيه نوع تسامـح و إجمال يحتاج الى توضـيح و تشـريح فنقول- ان تمليـك المـال عينا أو منفعه بل أو حقا حيث يكون من الحقوق القابله للانتقال- اما ان يكون بإزاء عوض مالى أولا- فالأول يقع بعقد البيع و الإجاره و الصـلح- و الثانى و هو التمليك بغير عوض مالى اما ان يكون بعوض لنفس التمليك فهو الهبه المعوضه فإن العوض فيها كما عرفت لنفس الهبه لا للعين الموهوبه- و من هنا دخلت الهبه المعوضه فى مطلق الهبه و صارت من أقسامها.

و امـا ان يتجرد عن العوض المـالى فامـا ان يكون بقصـد الأـجر و الثواب و هو الصـدقه بـالمعنى العام- فان كان تمليكا طلقا فهو الصـدقه بـالمعنى الخـاص. و ان كـان تمليك العين مقيـدا ببقائها و دوامها اى وقوفها و عـدم نقلها فهو الوقف. و ان كان للمنفعه فقط مـده عمر أحـدهما أو مـده معينه فهى العمرى أو الرقبى و اما ان يتجرد حتى عن الأجر فإن كان بصوره العقـد إيجابا و قبولا فهى الهبه و اما ان يكون بصوره الإرسال من غير عقد فهو الهديه و ان لم يكن لا هذا و لا ذاك فهو العطيه و ان

كانت لرحم فهو النحله، هـذه أصول معانى هذه الألفاظ بحسب وضـعها اللغوى، و قد يقوم بعضـها مقام بعض بحسب اسـتعمالها العرفى، و لكن قد اتضح لك ان تمليك المال بلا عوض الذى عرفوا به الهبه هو القدر الجامع و المقسم الكلى الذى يعم الهبه و غيرهـا حتى الصـدقه و الوقف فضـلا عن الهـديه و العطيه و الأمر فى كل ذلك سـهل انما المهم ان تعرف ان جميع هـذه الأقسام داخله فى التمليـك المجـانى فلاـ يشـتبه عليـك الأـمر بالإبـاحه و الرخصه و الاـذن بالانتفـاع فإنها اجمع أجنبيه عن تلك الأنواع بالكليه و هى فى قبالها حتى الرخصه فى أكل المال و استهلاكه فتدبره.

و قـد تحصـل من جميع ذلـك ان الهبه عقـد يفيـد تمليك المال فعلا بلا عوض له أصـلا، فيخرج الهـديه و العطيه و النحله لأنها ليست عقودا.

و الوصـيه فإنهـا و ان أفـادت التمليـك المجـانى و لكن معلقا على الموت لا فعلا كما خرج بقيـد عـدم العوض البيع و الإجاره و الصلح و الوقوف و الصـدقات و دخلت الهبه المعوضه فإنهـا تمليـك مـال بلاـ عوض للمـال. اما الرشوه فهى عطيه و لكنها عطيه محرمه و العطايا المحرمه كثيره. نعم يبقى الكلام فى العاريه فإن جعلناها عقـد تمليك للمنافع و عممنا الهبه للمنافع تـداخلتا و ان خصصنا الهبه بالأعيان أو جعلنا العاريه إذنا و إباحه لا عقدا و لا تمليكا افترقتا.

(ماده: ۸۳۴)

الهديه:

هى المال الذى يعطى لأحد أو يرسل إليه إكراما، و قد عرفت ان الغالب فى الهديه الإرسال و هو غير العطيه و قد يستعمل الهديه فى مورد الإعطاء تسامحا.

ماده (۸۳۵)

الصدقه:

هی المال الذی وهب لأجل الثواب.

یعنی العطاء الذی یقصد به القرب الی اللّه جل شأنه و طلب المثوبه منه و لا- یلزم فیها الإیجاب و القبول و تلزم بمجرد الدفع بقصد القربه مع القبض و هذه هی الصدقه بالمعنی الخاص بل الأخص الذی یمتاز عن الوقف و أخواته من الصدقات التی لا تتحقق الا بالعقد عند المشهور

ماده (۸۳۶)

الإباحه:

اشاره

عباره عن إعطاء الرخصه و الاذن لشخص ان یأکل أو یتناول شیئا بلا عوض، و هذا غیر التملیک و الفرق مثل الصبح واضح فان المالک یتصرف کیف شاء و المأذون لا یتصرف الا علی حد الاذن و مقدار الرخصه فلا یقدر علی البیع فضلا عن غیره الا بإذن خاص.

الباب الأول (فی بیان المسائل المتعلقه بعقد الهبه

و یشتمل علی فصلین) الفصل الأول فی بیان المسائل المتعلقه برکن الهبه و قبضها الکلام فی الهبه یلزم ان یقع فی أربع نواح- الواهب- الموهوب له العین الموهوبه- عقد الهبه و شروطه و حکمها من جواز أو لزوم أو غیرهما و قد تعرضت «المجله» للعقد أولا و هو رکنها الأعظم فی

ماده (۸۳۷) تنعقد الهبه بالإیجاب و القبول و تتم بالقبض،،،

اعلم ان جمیع العقود المجانیه التی مر علیک عناوینها لا یترتب علیها أی أثر إلا بعد القبض فهو رکنها الأعظم و شطرها أو شرطها الأهم، ای أهم حتی من الإیجاب و القبول الا تری- ان الهبه مثلا یترتب علیها أثرها المهم و هو التملیک بغیر إیجاب و قبول کما لو أنشأ الهبه بالإعطاء مع القبض فإنها تفید الملکیه کما تفیدها المعاطاه فی البیع علی المشهور بخلاف ما لو حصل الإیجاب و القبول بدون قبض فإنه لا اثر لهما أصلا فرکنیه القبض فی هذه العقود أهم من رکنیه الإیجاب و القبول بل ینسب الی بعض عدم الحاجه الی القبول و کفایه الإیجاب، وحده فتکون عنده من

الإيقاعات و هو شاذ. اما اعتبار القبض فى مطلق العقود المجانيه و خصوص الهبه فالظاهر انه موضع اتفاق المسلمين و عند عامه المذاهب و اخبار الفريقين به متظافره. و فى النبوى المشهور (لا- تجوز الهبه إلا- مقبوضه) و لعل حكمه التشريع فى ذلك ان الشارع الحكيم حيث وجد المجانيات محض تفضل و إحسان و بذلا للمال بلا عوض أراد ان يعطى الواهب الباذل فسحه للرؤيه. و مجالا للتدبر و ربما بدا له العدول بعد الإيجاب و القبول، فلو لزم عليه بالقول وحده لكان ضيقا و حرجا عليه و تضييعا لماله لذلك لم يكتف بالقول حتى يتبعه بالفعل اعنى الدفع من الباذل و القبض من المبذول له «و لو قيل» يكفى لهذا الغرض جعل العقد جائزا فيرجع متى شاء (قلنا) أ ليس الرجوع بعد حصول الملكيه قبيحا شرعا كما هو كذلك عرفا، و الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه فدفعا لهذا القبح و هذه الحزازه لم يجعل العقد بنفسه مؤثرا أصلا كى لا يحتاج الى الرجوع كما فى العقد الجائز فإن أقبض نفذ و الا فلا، و هذا كله بخلاف عقود المعاوضات لمكان العوض فيها بخلافه هنا فليتدبر، و ظهر بما ذكرنا ان حق التعبير فى (المجله) ان تقول: لا تنعقد الهبه بالإيجاب و القبول قبل القبض أو ما يؤدى ذلك

ماده «۸۳۸» الإيجاب فى الهبه هو الألفاظ المستعمله فى تمليک المال مجانا كاكرمت و وهبت و أهديت.

و قد مر غير مره ان خاصيه العقود الجائزه كفايه كل لفظ يدل عليها حقيقه أو مجازا مع القرينه و قصد إنشاء معنى ذلک العقد بل يمكن

دعوی ذلک حتی فی العقود اللازمه و انها لا تختص بصیغ خاصه کما سبق فی الجزء الأول و کیف کان فالهبه و الصدقه بالمنقول لا تختص بصیغه معینه و یکفی فیها کل ما دل علیها مثل خذه و هو لک مجانا و ما أشبه ذلک و لا فرق فی ذلک بین الزوج و الزوجه أو غیرهما و المدار علی القرائن حالیه أو مقالیه بل یکفی قصد إنشاء التملیک بالفعل اعنی العطاء فیکون هبه معاطاتیه کما فی ماده «۸۳۹» تنعقد الهبه بالتعاطی أیضا،،، و لو قال بالعطاء أو الإعطاء لکان أحسن.

و انما تنعقد بالعطاء حیث تکون هناک قرینه قاطعه و الا فلا فمجرد الإعطاء لا یکفی فی الحکم بأنه هبه بل یبقی علی ملک الأول بالاستصحاب حتی یحصل الیقین کما ان بالعطاء تتم الهبه و لا حاجه الی القبول؟؟؟

القبض قبول فعلی کما فی ماده (۸۴۰) الإرسال و القبض فی الهبه یقوم مقام الإیجاب و القبول لفظا، و ماده «۸۴۱» القبض فی الهبه کالقبول فی البیع.

و کان الاولی جمع هذه المواد الثلاث فی ماده واحده بل بکلمه واحده فتقول مثلا: تنعقد الهبه بالعقد و القبض و تتحقق أیضا بالعطاء و القبض و کل ما ذکرته المجله هنا زیاده مستدرکه.

ثم ان المشهور عند فقهاء الإمامیه ان القبض المعتبر فی صحه الهبه یشترط فیه ان یکون بإذن الواهب فلو قبضه المتهب بدون اذنه لم یکن له أثر فی الصحه و عللوه بعله معقوله و هی ان العین بعد العقد قبل القبض حیث انها باقیه علی ملک الواهب فقبض المتهب لها تصرف بمال الغیر

بـدون اذنه و هو حرام فلاـ يترتب عليه أثر شـرعى، و هى و ان أمكن المنـاقشه فيهـا و لكنهـا ببعض الاعتبارات التى مرت الإشاره إليها متجهه بل و قويه، فما قواه السـيد الأسـتاذ (ره) فى ملحقات العروه من عـدم لزوم الاذن هو الى الضـعف أقرب منه الى القوه وفاقا لما نصت عليه (المجله) فى ماده (۸۴۲) يلزم اذن الواهب صراحه أو دلاله فى القبض.

و وجهه مـا عرفت من بقـاء ملكيه الواهب فلاـ يجوز للمتهب قبض العين بـدون اذن مالكهـا و لو تلفت فى يـده كـان ضامنـا و لو اعترف الواهب بالاـذن و أنكر الإـذن بـالقبض كـان القول قوله- فمـا ذكرته (المجله) من اعتبار الاذن صـحيح و لكن ما فى ماده (۸۴۳) إيجاب الواهب اذن بالقبض دلاله.

على إطلاـقه ممنوع بـل ان اقترن الإيجـاب بقرينه تـدل على الاـذن كفى و الاـ فلاـ امـا صـرف الإيجـاب فلا دلاله فيه على الاذن بـالقبض أصـلا بشـى ء من الـدلالات الثلاـث إذ الـدلاله فرع التلاـزم و لا تلازم بين الأمرين بجميع الوجوه «و دعوى» ان مقصود الواهب لما كان هو إثبات ملكيه الموهوب بعقد الهبه فيكون الإيجاب تسـليطا على القبض تحصيلا لمقصوده ففى الإيجاب دلاله على الاـذن بالملاـزمه (مـدفوعه) بـان كون قصـده إثبـات الملكيه إنشـاء مسـلم و لكن كون قصـده تحقيقها بالفعل غير مسـلم و الملازمه تأتى على الثانى لا الأول فتدبره.

و قول (المجله) و اما إذنه صـراحه فهو قوله خذ هذا المال فانی وهبتک الی آخره هو من الواضـحات الغنيه عن البيان انما البحث فيمـا ذكروه فی ماده (۸۴۴) إذا اذن الـواهب صـراحه بـالقبض فيصـح قبض الموهوب له المـال الموهوب فی مجلس الهبه و بعد الاـفتراق و امـا إذنه بـالقبض دلاله فمقيـد بمجلس الهبه و لا يعتبر بعـد الافتراق مثلا لو قال وهبتک هـذا و قبضه الموهوب له فی ذلك المجلس يصـح و اما لو قبضه بعـد الافتراق فلا يصـح. كـذلك لو قال وهبتک المال الذی هو فی المحل الفلانی و لم يقل اذهب و خذه فإذا ذهب الموهوب له و أخذه لا يصح فإن التفرقه بين الاذن صـراحه فيصح القبض حتی بعد الافتراق و بين الاذن دلاـله فمقيـد بمجلس الهبه تحكم صـرف و تفرقه من غير وجه فـارق إذ المـدار علی الاذن و وجود ما يـدل عليه و بعـد حصول الـدلاله فأی فرق بين الكنايه و التصـريح و لعلها أبلغ، و الحق عندنا معشـر الإماميه ان المعتبر هو الاذن فإذا حصل العلم به من ای طريق كفی فی الصـحه سواء قبض فی مجلس الهبه أو فی مجلس آخر و سواء كان الاذن فی مجلس الهبه أو بعده بل ربما يظهر من بعض أخبار أئمتنا (ع) امتداد الأجل إلی الأجل فلو اذن و قبض قبل الموت صحت الهبه التی سبقت بأمد طويل.

ماده (۸۴۵) للمشتری ان يهب المبيع قبل قبضه من البائع

الظرف الأخير ان تعلق بالفعل كان المعنی ان المشتری له ان

یهب ما اشتراه للبائع قبل قبضه منه و هذا صحیح نافذ فان المعتبر قبض الموهوب له و هو حاصل لا الواهب الذی اشتری و لم یقبض، و توهم بعضهم ان هذا یرجع الی الإقامه واضح الفساد إذ هی حل لعقد البیع و لذا یرجع بالثمن و الهبه هنا تؤکد البیع و لیست حلا له و لذا لا یرجع بالثمن و ان تعلق الظرف بالمصدر کان معناه ان المشتری له ان یهب للغیر ما اشتراه قبل قبضه من بایعه فیکون أعم من الأول یعنی له ان یهبه للبائع أو لغیره و هذا أیضا صحیح لما عرفت من عدم اعتبار قبض الواهب بل تتوقف علی قبض الموهوب له. و علیه یتفرع ماده (۸۴۶) من وهب ماله الذی هو فی ید آخر تتم الهبه و لا حاجه الی القبض و التسلیم مره أخری و المقصود بهذه الماده بیان ان قبض المتهب لازم لصحه الهبه حیث لا یکون مقبوضا له و فی یده اما لو کان فی یده فلا حاجه الی قبض جدید بأن یأخذه منه و یرده علیه، و القبض السابق کاف مهما کان سواء کان بوجه صحیح أو لا کالغصب و نحوه و سواء کان ضمانیا کالمقبوض بالسوم و نحوه أو غیر ضمانی کالأمانات و سواء کان مضمونا بالمثل أو القیمه أو المسمی کالمبیع المستأجر فالقبض السابق فی جمیع هذه الموارد یقوم مقام القبض الجدید فی الهبه حتی لو وهب المالک غاصبه المغصوب الذی فی یده صح. و ظاهر الأصحاب عدم الحاجه أیضا الی الاذن باستمرار القبض، و استدلوا بوجوه أوجهها انصراف أدله القبض أو الاذن به عن هذه الصوره و قد ناقش السید الأستاذ رحمه اللّٰه فی تلک ثم عول علی الانصراف أخیرا.

ماده (۸۴۷) إذا وهب أحد دينه للمديون أو أبرأ ذمته من الدين و لم يرده المديون تصح الهبه و يسقط عنه الدين فى الحال

قيد عدم رد المديون لا محل له أصلا، و تحرير هذا البحث ان هبه الدين اما ان تكون للمدين أو لغيره فان كانت لغيره فهى هبه محضه يلزمها القبول كما يلزمها القبض و الا فلا اثر لها بدونه كما تنص عليه الماده الآتيه، و ان كانت للمديون فهى على نحوين لان الواهب يقصد تاره إسقاط الدين و إبراء ذمته منه و لا تكون له حاله منتظره بل يوقعه ناجزا فهذا إبراء و إسقاط محض و ان وقع بصوره الهبه و لا اثر للرد و القبول فى هذه الصوره أصلا لأن حقيقته إيقاع لا عقد و الإيقاعات تتحقق معانيها بمجرد إنشائها ان صدرت من أهلها و فى محلها. و تاره يكون صميم قصده الهبه بمعنى انه يريد ان يملكه الدين الذى له عليه كما يملكه للغير و ينتظر قبوله و عدمه فهذه هبه محضه بأى عباره وقعت، و هذا موضع ما يقال (ان العقود تابعه للقصود) و فيه يكون مجال للرد و القبول فان قبل المديون صح العقد و تمت الهبه لأن ما فى الذمه مقبوض حقيقه أو كالمقبوض و ان رد لم يقع شى ء و بقى مشغول الذمه بالدين ففى الاولى لا موضع للرد و القبول بخلاف الثانيه و لا صوره ثالثه فى المقام.

و فى هذه الماده خلل من وجهين (الأول) ان ظاهرها عدم لزوم القبول فى هذه الهبه و لكنها ترد بالرد و هذا تهافت و كجمع بين المتنافيين (الثانى) انها جعلت الإبراء كالهبه فى انها تبطل بالرد مع ان الإبراء إيقاع كما عرفت و لا معنى للرد و القبول أصلا و كان أرباب المجله اعتبروا

هبه الـدين للمـديون ذات وجهين فمن وجه هی ترد بالرد و من أخرى إبراء فلا تحتاج الى قبول، و قد ظهر ان المدار على قصده اما هبه أو إبراء و هما معنيان متغايران و المرجع فی تشخيص أحدهما ما يظهر منه من حال أو مقال فتدبره جيدا.

و على كل حال فبعد القبول يشتركان فی سقوط الدين حالا كان أو مؤجلا

ماده «۸۴۸» من وهب دينه الذی هو فی ذمه أحد لآخر و اذنه صراحه بالقبض

بقوله اذهب فخذه فـذهب الموهوب له و قبضه تتم الهبه، يعنی و تبرأ ذمه المـديون من دائنه و هی أشـبه ما تكون بالحواله و ان فارقتها من بعض الوجوه.

ماده (۸۴۹) إذا توفی الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبه،

يعنی لاـ ينتقـل حق القبض إلی ورثـه الموهـوب له لاـن المـال قـد انتقـل إلی ورثه الـواهب و ليسـوا هم الواهـبين كمـا ان ورثه الموهوب له غير موهوب لهم حـتی يعتـبر قبولهم أو قبضـهم، نعم لو جعلنـا القبض بعـد اذن الواهب حقـا لاـ حكمـا أمكن القول بانتقاله إلی ورثه الموهوب و لا يضر انتقاله إلی ورثه الواهب فإنه قد انتقل على هذه الصفه و لكنه مشكل

ماده (۸۵۰) إذا وهب أحد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئا فيلزم التسليم،

حـال الولـد الكبير حال غيره من رحم و غيره فی اعتبار القبض و عـدم صـحه الهبه بـدونه و لكن الهبه إلی الصـغير و المجنون لا يخلو اما ان تكون من غير الولی فلا تصـح الا بقبض الولی. و اما ان تكون منه لأحـدهما و هی فی يده و حينئذ فيكفی قبضه و لا حاجه الى تجديد قبض.

و لكن الأصح اعتبار تجديد القصد بان يقصد بان الموهوب مقبوض عن الصغير الموهوب له و اما إذا و هبه ما ليس فى يده فلا إشكال فى اعتبار قبضه فلا يصير ملكا للصغير حتى يقبضه وليه الواهب، عنه، و الى بعض ما ذكر أشارت ماده (٨٥٢) إذا وهب أحد شيئا لطفل تتم الهبه بقبض وليه أو مربيه.

و لا فرق عندنا فى ذلك بين المميز و غيره و ان لم يكن من البعيد كفايه قبض المميز و لا سيما بإذن وليه.

ماده (٨٥٤) الهبه المضافه ليست صحيحه، مثلا لو قال وهبتك الشى ء الفلانى فى رأس الشهر الآتى لم تصح.

يظهر ان مرادهم بالهبه المضافه- الهبه المعلقه على وصف محقق الوقوع كرأس الشهر الآتى أو عند طلوع الشمس أو على شرط غير معلوم الحصول مثل ان جاء ولدى من السفر يوم الجمعه، أو إذا عوفى مريضى و نحو ذلك، و قد مر عليك غير مره ان التنجيز عندنا شرط فى جميع العقود لازمها و جائزها و ان التعليق مفسد للعقد مطلقا، و عليه فان كان الشرط فى الهبه ينافى تنجيزها بطل الشرط و تبطل الهبه أيضا الا من جهه ان الشرط الفاسد يفسد العقد إذ ليس المقام منه و لكن لفقد شرط العقد و هو التنجيز، اما الشرط بذاته فليس بفاسد و انما فسد من هذه الناحيه، و ان كان غير مناف لتنجيزها و هى لازمه لزوم الشرط أيضا و ان كانت جائزه كان الشرط تابعا لها، و لزوم الهبه المشروطه بالعوض انما هو الدليل الخاص و الا فحقها ان تكون جائزه هى و العوض.

و من هنا قـد تشـتبه الشـروط بين ما ينافى التنجيز و ما لا ينافيه مثلا لو قال وهبتک کتابی هـذا بشـرط ان يعود لی بعد وفاتک أو لورثتی أو قال وهبته لک بعد وفاتی فإن جعلناه وصـيه صح لان طبع الوصـيه التعليق على الموت اما الهبه فيشـكل فيها ذلک كما ان الاسـقاط و الإبراء لاـ يحتمـل شـيئا من التعليق أصـلا فلو قال أنت بری ء من دينی بعـد موتی لم يصـح قطعا لأن الإبراء إيقاع كالعتق و الطلاق و لا يصـح التعليق فيهما اتفاقا نعم صـح ذلک فی خصوص التدبير لدليله الخاص و لا يقاس عليه و على مناسـبه ذكر الشـروط فی الهبه ذكرت «المجله» الهبه بشـرط العوض أی الهبه المعوضه فی ماده (۸۵۵) تصح الهبه بشرط العوض و يعتبر الشـرط و قـد انبأناک من قريب ان العوض فی الهبه يلزم عنـدنا ان يكون لنفس الهبه فلو جعله للموهوب كان اما هبه فاسـده لأن حقيقه الهبه التمليک المجانی أی تمليک الموهوب بلا عوض له فلو شـرط العوض له كان شـرطا منافيا لطبيعه العقد فيبطل هو و العقـد، و اما بيعا فاسـدا بناء على عدم جواز اسـتعمال صـيغه عقد فی عقد آخر أی فی إنشاء حقيقه عقد آخر اما أرباب «المجله» فيظهر منهم انهم يجعلون العوض لنفس الموهوب تبعـا لأـكثر فقهـاءهم فيكون كمـا صـرح به بعضـهم هبه فی البـدايه و بيعـا فی النهـايه و يعتبرون فيهـا التقـابض فی المجلس و الاـذن بعـده و يسـحبون عليها جمله من خصائص البيع كالشـفعه و خيار الرؤيه و جمله من الخيارات العامه كخيار العيب و نحوه و كل ذلک لا يسـتقيم على مـذهب الإماميه من ان المعوضه هبه محضه لا تخرج عن طبيعه الهبه

بـالتعويض نعم لا ريب فى اعتبار التقابض فيها من الجانبين فلو أقبض أحـدهما و لم يقبضه الآخر كانت جائزه و لو تقابضا لزمت من الجـانبين و هـو اى العوض المقبوض أحـد أسـباب لزوم الهبه و سـيأتى بقيه الملزومـات و عليه يبتنى الأـمثله الـتى ذكرت فى المتن و هى: مثلاـ لـو وهب أحـد لآـخر شـيئا بشـرط ان يعطيه كـذا عوضـا أو يؤدى دينه المعلوم المقـدار إذا راعى الموهوب له الشـرط و الا فللواهب الرجوع عن الهبه، و كذلك لو وهب أحد عقارا مملوكا لآخر بشـرط ان يقوم بنفقات الواهب الى وفاته ثم ندم و أراد الرجوع عن الهبه و استرداد ذلك العقار فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضيا بإنفاقه وفق ذلك الشرط.

و الموهوب له يملـك الموهوب بمجرد دفع العوض ان كـان عينا أو عملا دفعيا اما لو كان تـدريجيا كالإنفاق و عـدم الطلاق لو وهبته صـداقها و اشترطت عـدم طلاقها فإنه يملك الموهوب من حين شـروعه بالعمل و تبقى الملكيه مراعاه بإتمامه فيكون ملكا متزلزلاـ كـالمبيع بالخيـار فإن أتم لزمت و الا كان له حق الرجوع فلو طلقها استردت المهر منه، و لو مات الموهوب له المشـروط عليه الإنفاق على الواهب الى حين موته وجب على ورثته ان يقوموا مقام أبيهم فى الإنفاق عليه لانه حق مالى تعلق بـذمه مورثهم كدين من ديونه فيجب عليهم تفريغ ذمته منه فان لم يفعلوا كان للواهب ان يرجع بهبته و يدفع لهم ما اسـتوفاه من النفقه الماضـيه و يسترد منهم قيمه ما استوفاه مورثهم من المنافع هذا ما تقتضيه القواعد فى هذا الفرع و أمثاله و قد غفل بعض الشراح عن ذلك فقال: و إذا توفى

الواهب يتعـذر على الموهوب له أداء العوض و يكون القيام بذلك خارجا عن إمكانه و درجه اقتداره فيجب على الواهب ان يرد قيمه مـا صـرف عليه و يسترد ملكه على مـا ارى و ان كـان لا نص على ذلك بـدليل ان الموهوب له إذا اشترط على نفسه إعطاء عـوض مقـداره عشـر ليرات فـاعطى بعضه و تمنع من دفع البـاقى فقـد قـال الفقهـاء بـان للواهب اسـترداد الموهوب و رد العوض المقبوض، انتهى.

و قـد أخطأ الرجل القياس و قاس مع الفارق فان فى صوره الموت ينتقل الحق إلى تركته و يجب على ورثته إخراجه منها و يقوم كل واحد منهم بقسـطه فإذا امتنع أو امتنعوا و لم يمكن جبرهم جاءت قضيه الرد و الاسترداد كما فى صوره الامتناع التى ذكرها، امـا فى صوره الإمكـان و عـدم الامتنـاع فيجب الوفاء بالعقـد و شـروطه و لا يجوز الفسـخ و إذا امتنعوا أو امتنع هو فعلوا حراما، و أوجبوا للآـخر خيـارا فكيف يقاس هـذا بـذاك و هكـذا حكم بقيه ما ذكره من الأمثله مثل ما لو ظهر مسـتحقا فان اللازم اما دفع المثـل أو القيمه و المحـافظه على العقـد و شـروطه و مـع الامتنـاع فالاـسترداد، و من الغريب انه عقب ذلـك بقوله: و ليس لورثه الموهـوب له ان يطلبـوا بقـاء الهبه و الإنفـاق على الواهب من مـالهم الى حين وفـاته لأـنهم لم يتفقوا معه فى الأصـل، انتهى و قد عرفت انه هو المتعين و لاـ يصـح غيره مع إمكانه و الإنفاق يكون من التركه لا من أموالهم و لو امتنعوا يلزمون به و قوله لأنهم لم يتفقوا معه فى الأصل واضح الضعف بان الاتفاق مع مورثهم يسرى مفعوله

إليهم بـل الى تركته نعم لـو لم يكن له تركه فلاـ حق على الورثه و يتعين الـتراد و الحقوق المـاليه على المورث أو له تنتقـل الى الوارث أو عليه، فلو اشترى دارا فيهـا خيـار للبـائع و مات انتقلت الـدار للورثه و فيها خيار للبائع فلو فسـخ يستردها منهم و ان كان الإنفاق لم يكن معهم و هكذا نظائر ذلك و ما نحن فيه من هذا القبيل.

الباب الثانی فی بیان شرائط الهبه

اشاره

أرکان الهبه التی تتحقق بها کما سبق- الواهب- الموهوب له- المال الموهوب- عقد الهبه- و حسن التحریر یقتضی ذکر شرائط کل واحد منها متمیزا عن الآخر و لکن (المجله) داخلت بعضا ببعض و تحریر البحث هنا علی الإیجاز، انه یشترط فی الواهب مضافا الی الشروط العامه من العقل و البلوغ و الرشد و عدم الحجر و الخلو من مرض الموت عند جماعه و القصد و الاختیار- ان یکون حرا مالکا أو مأذونا منه فلو وهب العبد أو مال الغیر وقف علی الإجازه، اما الموهوب له فلا یشترط فیه العقل و لا البلوغ و لا الحریه و لا الرشد بل تصح الهبه لفاقدها و یقبل عنهم الولی أو المولی و لا عبره بقبول المجنون أو الطفل أو السفیه أو الساهی أو المکره و لا بقبضه، و أهم الشروط فی الموهوب له ان یکون موجودا حال الهبه فلا تصح للمعدوم الذی سیوجد و فی صحتها للجنین اشکال و لا یبعد الصحه مع قبول الولی و قبضه کالوصیه له.

(اما الموهوب)

فیشترط ان یکون موجودا فی العین أو فی الذمه

و ان یکون مالاـ متقوما مملوکا مقدورا علی قبضه لا حق فیه للغیر من رهن و نحوه معینا أو متعینا لا مجهولا مطلقا أو لا واقع له فلاـ یصح وهبتک شیئا أو مالا و یصح وهبتک ما فی الصندوق أو صاعا من صبره أو أحد هذین الثوبین و یتعین بالقبض اما المشاع فسیأتی.

(اما عقد الهبه)

فیتقوم بالإیجاب و القبول و یشترط فیه القبض و التنجیز، هذا ما یقال فی هذا المجال، و إذا عرفته و نظرت ما فی المجله یتضح لک قصور البیان و ضعف التحریر فیها و عدم الاستیفاء و قد قدمت بعض شرائط الموهوب فی ماده (۸۵۶) یشترط لصحه الهبه وجود الموهوب وقت الهبه و مدرکه واضح فان المعدوم المطلق لا یجری علیه تملیک و لا تملک و لا غیرهما من الاحکام الا فی موارد مخصوصه یتحقق له نحو من الوجود ببعض الاعتبارات، بناء علیه لاـ تصح هبه عنب بستان سیدرک أو ولد فرس سیولد، ماده (۸۵۷) یلزم ان یکون الموهوب مال الواهب، بناء علیه لو وهب أحد مال غیره لا تصح و لکن بعد الهبه لو أجازها صاحب المال تصح ماده (۸۵۸) یلزم ان یکون الموهوب معلوما و معینا بناء علیه لو وهب أحد من المال شیئا أو من الفرسین أحدهما لا علی التعیین لا تصح.

اعلم ان الهبه لیست کالبیع فی لزوم المعلومیه التامه للمبیع و ارتفاع الجهاله عنه من کل جهه بل حالها فی ذلک أمر بین الأمرین فلا تصح الجهاله المطلقه و لا تلزم المعلومیه التامه و لما کان هبه شی ء أو مال من المجهول المطلق لم یصح و لکن هبه عبد من عبدین و لا سیما إذا کانا

متساويين من جميع الجهات أو ثوب من ثوبين كذلك فحيث ان الجهاله المطلقه مرتفعه و لا غرر فى البين إذ ليست الهبه من عقود المعاوضات و لو كانت على الفرض منها فالمفروض التساوى فالقاعده تقتضى صحه أمثال هذه الهبات و انما لم يصح مثل ذلك لدليل خاص من إجماع و نحوه، على ان أرباب «المجله» صححوا نظيره حتى فى مثل البيع كما سبق فى محله، و لو قيل بعدم الصحه فلا فرق بين ان يقول أيما أردت من هذين الفرسين أو قال وهبتك أحد هذين الفرسين و إذا كان التعيين مصححا للهبه فليكن مصححا لها فى الصورتين و الا ـ فالفرق بينهما فى الحكم تحكم؟؟؟؟؟؟ غير فارق كما ان قبول التعيين فى المجلس دون خارجه تحكم آخر و الكل بلا دليل (و الحق) ما عرفت من الصحه فى الجميع بعد القبض سواء كان فى مجلس الهبه أو فى خارجه مع الاجتماع أو بعد المفارقه و كل تلك التفاصيل استحسانات لا ترتكز على وجه مستحسن هذا كله فى هبه الأعيان أو المنافع لو قيل بصحه هبتها، اما هبه الديون فلا إشكال فى صحه هبه المجهول منها فلو كان له دين على إنسان لا يعلم مقداره صحت هبته لأنه بمنزله الإبراء بل لو وهبه لآخر صح بعد قبضه ان كان المديون يعرف قدره و إلا صالحه عليه و صار بمنزله الحواله.

و هذا كله سهل لا عقده فيه انما الاشكال و العقده عند الفقهاء من الفريقين (فى هبه المشاع) فمنع بعضهم منه لعدم إمكان القبض حتى مع اذن الواهب لمكان مزاحمه الشريك فلا يتمكن المتهب من الاستيلاء

التام عليه و لا قبض بدونه، و تحرير المقام بحيث تتضح الأقسام و يتميز موضع الاشكال منها من غيره- ان الهبه فى المشاع اما ان تكون لحصه مشاعه أو للحصه المشاعه- و الأول اما ان تكون العين فى يد الموهوب له بإجاره أو عاريه أو نحوهما أو لا تكون فى يده و فى الأول لا إشكال فى صحه هبته لتحقق القبض و الاستيلاء حسب الفرض كما لا إشكال فى الثانى إذا أقبض الواهب تمام العين للموهوب له و لو باعتبار جعله كوكيل أو أمين على الحصه الباقيه. و أما الثانى و هو هبه الحصه المشاعه فإن كانت العين فى يد الموهوب له أيضا فلا اشكال و كذا لو كانت بأجمعها فى يد الواهب فسلطه عليها و لو بإذن الشريك، اما لو كانت بيدهما معا كما هو الغالب فى المشاع و لعل هذا هو موضع الإشكال فى عدم إمكان القبض و الاستيلاء التام و لكنه لا يخلو من حالين بعد اذن الواهب بالقبض بالنسبه إلى حصته الموهوبه- اما ان يأذن الشريك أيضا فيقوم المتهب مقام الواهب و تكون يده بموضع تلك اليد منضمه إلى يد الشريك و لا يعتبر فى القبض أكثر من هذا فلا ينبغى الإشكال فى صحته- و إما أن لا يأذن و يمنع الموهوب له من الاستيلاء على حصه شريكه الواهب فالهبه هنا و ان لم تتحقق لعدم تحقق القبض و لكن علاج هذا هو العلاج فيما لو امتنع الشريك من تمكين شريكه أ ليس هو الحاكم فيجبره اما على القسمه أو البيع أو غير ذلك مما هو محرر فى محله و منع الموهوب له فى الحقيقه منع لسلطه الواهب عن التطرف فى ملكه و الناس مسلطون على أموالهم- و هو كما لو باع و منع المشترى فلا بد

لرفع هذا العدوان من الرجوع الى الحاكم و قوه السلطان و الا بقيت الهبه معلقه حتى يحصل القبض، نعم قد يقال ان الاشكال فى هبه المشاع ليس من هذه الناحيه بل من جهه ان هبه المشاع بجميع اقسامه لا يحصل فيه القبض المعتبر فى الهبه و هو السلطنه المطلقه من غير مزاحم و لما كان المشاع ليس لأحد الشريكين فيه تلك السلطنه لمزاحمه كل منهما للآخر و تصرف كل منهما مقيد برضا الآخر فلا يصح هبته لعدم إمكان ذلك القبض المعتبر- و لكن هذه الدعوى مدفوعه بإطلاق أدله القبض و ان قبض كل شى ء بحسبه، و كونه بحيث لا- يتصرف شريكه إلا بإذنه نحو من السلطنه و لا دليل على اعتبار ذلك القبض الخاص بل الإطلاقات تدفعه و لم يذكروا ذلك فى شى ء من المعاملات التى يعتبر فيها القبض كالوقف و السلم و غيره.

(و القصارى) أن عقده هذه الاشكال تنحل بكلمه واحده و هى ان هبه المشاع يعتبر فيها اذن الواهب و اذن شريكه فان اذن و الا أجبره الحاكم «و انتهى كل شى ء».

و كان على المانعين ان يقولوا ان هبه المشاع لا تصح إلا بإذن الشركاء جميعا بقبضه الا ان يمنعوا من صحته مطلقا.

ثم لا فرق فيما ذكرنا من صحه هبه المشاع بين ان يكون قابلا للقسمه أم لا منقولا أم لا يهبه لواحد أو أكثر من واحد لصغير أو كبير رحم أو لا و الإشاعه بين اثنين أو أكثر و قد أطال بعض الشراح و أسهب فى هذه التقاسيم و صحح بعضا و كله تطويل بلا طائل و ملاك المسأله ما ذكرنا

فتدبره و اغتنمه فلعلک لا تجده فی غیر هذه المهارق و المنه للّه وحده

ماده (۸۵۹) يشترط ان يكون الواهب عاقلا بالغا

بناء علیه لا تصح هبه الصغیر و المجنون و المعتوه أما الهبه لهؤلاء فصحیحه.

تقدم ذلک بل لا ـ حاجه الی ذکره لأنهما من الشرائط العامه المعتبره فی تمام العقود بل و الإیقاعات أما المجنون فلا قصد له غالبا و اما الصغیر فلا اثر لقصده إلا إذا کان ممیزا فیصح بإذن ولیه، و من الغریب هنا ان بعض الشراح صرح هنا بکفایه عقل السکران الذی شرب الخمر فقال انه کاف لأهلیه التصرف بالهبه و هو کما تری و عدم تعرض المجله للسکران و تخصیص عدم الصحه بالصغیر و المجنون و المعتوه یشعر بذهابهم إلی صحه هبه السکران و نحن نترک التعلیق علیه للصحاه من أرباب العقول لا للسکاری و المجانین.

ماده (۸۶۰) يلزم في الهبه رضا الواهب فلا يصح بالجبر و الإكراه.

هذا أیضا من الشرائط العامه التی کان الأولی ذکرها فی محل واحد و الاستغناء عن إعادتها فی کل عقد و معامله نعم لو أجبره علی الهبه ثم رضی بعد الإکراه أمکن القول بالصحه علی تأمل شعر به متن المجله فلیتأمل.

و قد اقتصرت علی هذا المقدار من الشرائط و أهملت کثیرا منها فتدبره

الباب الثالث (فی بیان أحکام الهبه،

اشاره

و یشتمل علی فصلین)

الفصل الأول فی [بیان الرجوع عن الهبه]

اشاره

یعنی فی جواز الهبه و لزومها، و لعلک عرفت کما ان الأصل فی عقود المعاوضات المبنیه علی التغابن هو اللزوم الا ما خرج بالدلیل- فکذلک الأصل فی عقود المجانیات هو الجواز الا ما خرج، و کما ان أشهر عقود المعاوضات اللازمه و أهمها هو البیع و کل فرد یشک فیه انه وقع جائزا أو لازما یبنی علی لزومه و کذا لو شک فی حکم نوع منه شرعا یعنی ان الأصل هو اللزوم سواء کانت الشبهه مصداقیه أو حکمیه فکذا أهم و أشهر العقود المجانیه هو الهبه و هی عکس البیع فکل نوع منها یشک ان حکمه اللزوم أو الجواز و کل فرد یشک انه من الجائز أو اللازم یبنی علی جوازه للأصل فاصل الهبه بعد تحققها بالقبض هو جواز الرجوع الا ما خرج بالیقین کما ان الأصل فی البیع بعد تحققه بمجرد العقد هو اللزوم الا ما علم خروجه، و هذا أهم ما فی هذا الفصل و قد ذکر ماده (۸۶۱) یملک الموهوب له الموهوب بالقبض.

توطئه لما بعـده و الا فهذا الحكم قد تقدم فی ماده (۸۴۱) و ما بعدها و من لوازم عدم الملكيه إلا بالقبض ان المنافع الحاصـله ما بین العقـد و القبض هی للـواهب و له المنع من القبض و العـدول إذا الموهوب لاـ یزال فی ملكه لرحم كـانت الهبه أو لغیره و لو توفی أحـدهما قبـل القبض بطـل العقـد و انتقـل المـال إلی ورثه الواهب فلو وافقوا علی الهبه فلا بـد من عقـد جدیـد، و للواهب التصـرف بـالعین قبـل القبض كیف شاء و كل هـذا و نظائره متفرع علی عـدم تأثیر العقـد أی أثر سوی صـلاحیته للحوق القبض فتحصل الملكیه نقلا لا كشـفا بخلاف إجازه الفضولی علی المشـهور عند المحققین، و مما ذكرنا یتضح ان هذه الماده بمدلولها تغنی عن ماده (۸۶۲) للواهب ان یرجع عن الهبه قبل القبض بدون رضا الموهوب له.

بل فی الحقیقه لم یحصل شـی ء ناجز حتی یحتاج الی الرجوع و انما هو أی العقد استعداد كما عرفت فرجوعه و عدمه سواء من حیث الأـثر الفعلی و عـدم القبض و الإقبـاض یغنی عن الرجوع فلاـ حـاجه أیضـا الی مـاده (۸۶۳) نهی الـواهب عـن القبض بعد الإیجاب رجوع فإن الإیجاب بل و مع القبول لم یؤثر شـیئا حتی یكون النهی رجوعا و انما الحاصل هو الاسـتعداد و هو باق حتی مع النهی عن القبض فلـو اذن له بـالقبض بعـد ذلـك فقبض تمت الهبه، نعم موضع الرجوع حقیقه بعـد العقـد و القبض فی الهبه الجائزه كما فی ماده (۸۶۴) للواهب ان یرجع عن الهبه و الهدیه بعد القبض برضا الموهوب و القید الأخیر عندنا مستدرك بل

فی غیر مواضع اللزوم مطلقا رضی الموهوب له أم لا- و لو کان منوطا برضاه لکانت من العقود اللازمه کالبیع و قد عرفت ان طبیعتها الجواز عکس البیع و یدل علیه الحدیث المشهور [الواهب أحق بهبته ما لم یثب عنها] و أخبارنا به مستفیضه، و الرجوع الی الحاکم کما فی المجله.

و ان لم یرض الموهوب له راجع الواهب الحاکم و للحاکم فسخ الهبه ان لم یکن ثمه مانع من موانع الرجوع التی ستذکر فی المواد الآتیه و ان کان مانع فلا یفسخ- فضله مستغنی عنه فان تشخیص کونها هبه لازمه أو جائزه واضح لا حاجه فیه الی الرجوع الی الحاکم و أسباب اللزوم محصوره معلومه کما سیأتی بیانها و قد تقدم بعضها و لا خصومه حتی تحتاج إلی حکومه فالهبه ان کانت جائزه جاز الرجوع للواهب فیها رضی الموهوب له أم لا- حکم الحاکم أم لم یحکم فإنه حکم کلی الهی و لیس من التطبیقات الشخصیه التی تتوقف علی حکم الحاکم، و کأن أرباب المجله لم یتمیز عندهم مورد حکم الحاکم عن حکم الشارع فاشتبه علیهم الأمر أو بالأحری- لم یتضح لهم الفرق بین الفتوی و القضاء و ان کانت لازمه ای واجده لبعض أسباب اللزوم فلا رجوع للواهب و لا حکم للحاکم.

أ فلیس من الغریب مع هذا قولهم فی ماده (۸۶۵) لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض بدون حکم الحاکم و قضائه و بدون رضا الموهوب له یکون غاصبا و بهذه الصوره لو تلف أو ضاع فی یده یکون ضامنا.

و قد عرفت ان حكم الحاكم أجنبى فى المقام و لا محل له أصلا و ان المدار على نوع الهبه فإن كانت جائزه له الرجوع و يأخذه قهرا من الموهوب له لأن الملكيه رجعت له و لا ضمان أصلا حكم الحاكم أم لا، و ان كانت لازمه لم يجز له الرجوع الا برضا الموهوب له فيكون من قبيل الإقاله و لو أخذه بدون رضاه كان غاصبا و ضامنا لانه ملك للموهوب له حكم الحاكم أيضا أم لا- هذا هو العلم المشذب. و ما ذكرته المجله هنا و بعض شراحها محلول العرى مشبع بألوان الضعف و الركاكه،،، ثم إذا رجع الواهب فى موضع الجواز فهى ملكيه جديده لا فسخ للملكيه السابقه و لذا يسترجع نفس العين دون منافعها فإنها للموهوب له، و سيأتى توضيح ذلك

و قد شرعت (المجله) فى ذكر أسباب اللزوم

اشاره

و قد تقدم بعضها و هى أمور

(الأول) هبه ذى الرحم

كما فى ماده «۸۶۶» من وهب لأصوله و فروعه أو لأخيه و أخته أو لأولادها أو لعمه و عمته شيئا فليس له الرجوع.

و هذه الضابطه مع طولها مختلفه و كان الأصح جعل العنوان هبه ذى الرحم كما فى الحديث المشهور (إذا كانت الهبه لذى رحم محرم لم يرجع فيها) فيشمل الخال و الخاله و أولادهم و الجد و الجده و أخواتهم و فى اخبار أهل البيت سلام اللّه عليهم (الهبه و النحله يرجع فيها ان شاء الا لذى رحم) و لا يختص عندنا بالمحرم بل يعم كل ما يصدق عليه القرابه و الرحم عرفا محرما أو غير محرم لوجود لفظ القرابه فى بعض الاخبار و لا فرق فيه بين الصغير و الكبير بل و المسلم و الكافر لإطلاق

الأدله،،،

«الثانی» الزوجیه

کما فی ماده (۸۶۷) لو وهب کل من الزوج و الزوجه صاحبه شیئا حال کون الزوجیه قائمه بینهما فبعد التسلیم لیس له الرجوع.

فعنوان الزوجه یستوجب لزوم الهبه و ان لم یکن بینهما قرابه ففی اخبارهم سلام اللّه علیهم «لا یرجع الرجل فیما یهب لامرأته و لا المرأه فیما تهب لزوجها حیزا و لم یحز أ لیس اللّه تعالی یقول وَ لا یَحِلُّ لَکُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمّا آتَیْتُمُوهُنَّ شَیْئاً، و قال تعالی فَإِنْ طِبْنَ لَکُمْ عَنْ شَیْ ءٍ مِنْهُ نَفْساً فَکُلُوهُ هَنِیئاً مَرِیئاً» و المراد حازها الواهب فلو وهبها شیئا قبل ان یقبضه أو قبضته هی بإذنه لم یجز له الرجوع و لا فرق فیهما بین الکبیر و الصغیر و العاقل و غیره و المسلم و غیره للإطلاق أیضا و لا یبعد لحوق المطلقه الرجعیه بها دون البائنه،

«الثالث» التعویض

و قد سبق مفصلا فی ماده (۸۵۵) و اعاده هنا ماده «۸۶۸» إذا اعطی للهبه عوض فقبضه الواهب فهو مانع للرجوع.

و المذکور سابقا شرطیه العوض و الملحوظ هنا الأعم إذ لا فرق فی اللزوم بین ان یشترط العوض فی الهبه الأولی أو یکون ابتداء من الموهوب له من غیر شرط علیه کما لا فرق بین وقوع الثانیه بنحو الهبه أو العطیه أو غیرهما و لکن یلزم فی الجمیع قصد العوضیه أی قصد ان دفع هذا المال أو العمل عوض للواهب عن هبته فلو أعطاه لا بقصد العوضیه لم تصر لازمه بل له الرجوع فیها، و مع قصد التعویض و التقابض من الطرفین فقد لزمتا معا و لیس لأحدهما

الرجوع فيما اعطى بـدون رضا نعم لو رضـيا صح و كان نظير الإقاله فى البيع، و لا مانع ان يشترط الواهب ان يعوضه الموهوب و لو ببعض هبته فضـلا عما لو عوضه بشـى ء منها بـدون الشـرط و يجرى عليها بعد التقابض حكم الهبه المعوضه، نعم لا محل و لا معنى للزوم فيما لو اشترط عليه ان يعوضه بها أجمع لأنه راجع الى الجواز أو الفسـخ، ثم لا فرق فى العوض بين ان يكون من مال الموهوب له أو من غيره كمـا نصت عليه (المجله) بقولهـا: فلو اعطى للواهب شـيئا على ان يكون عوضا لهبته فليس له الرجوع ان كان من جانب الموهوب له أو الغير اما عدم رجوع الواهب و الموهوب بعد التقابض فواضح، انما الكلام فى الغير لو دفع العوض فهـل له الرجوع على الموهوب له بعوض مـا دفع؟ و التحقيق ان دفعه ان كـان بغير طلب المتهب و لاـ باذنه فلا إشـكال فى عـدم اسـتحقاق الرجوع عليه بالبـدل لاـنه متبرع و امـا لو كـان بطلبه أو بـإذنه فإن طلب منه التبرع صـراحه فلا رجوع أيضا و الا فله حق الرجوع و هـذا الحكم مطرد فى كـل من دفع مالاـ عن غيره سواء كان مما يطلب بالحبس و الملازمه كالـديون و نفقه الزوجه أو كان مما لا يطلب بذلك كالزكوات و الكفارات و النذور و نحوها.

و سواء كـان مما جرت العاده برجوعه أم لا فإن الأصل فى دفع المال عن شـخص بطلبه ضـمانه لأصاله احترام مال المسـلم الا ان يتبرع به صريحا فيسقط حرمته، و التفاصيل المذكوره هنا فى كتب القوم لا تعتمد على دليل.

ماده (۸۶۹) إذا كان الموهوب أرضا و أحدث الموهوب له فيه بناء أو غرس شجرا أو حصل للموهوب زياده متصله

اشاره

مثل كونه حيوانا ضعيفا و سمن بتربيه الموهوب له أو تبدل اسمه بتغيير الموهوب له ككونه حنطه و جعله دقيقا فليس للواهب الرجوع و اما الزياده المنفصله فلا تمنع من الرجوع.

(هذا هو السبب الرابع) من أسباب اللزوم و عدم الرجوع و حقه ان يعنون بعنوان التصرف و التغيير، و هى من المسائل الخلافيه عند فقهائنا بل و عند غيرهم فى الجمله، و تحرير البحث فيها- ان العين الموهوبه اما ان تتغير عند الموهوب له عما كانت عليه عند الواهب أو لا- و التغيير اما ان يكون زياده أو نقيصه و كل منهما اما ان يكون زياده أو نقيصه متصله أو منفصله و المتصله سوقيه أو عينيه و العينيه اما ان تكون بفعل الواهب أو الموهوب له أو أجنبى أو سماوى فالزياده السوقيه أو النقيصه و ان حصلت فى ملك الموهوب له و لكن لا- ينبغى الإشكال فى انها غير مانعه من الرجوع أصلا- لأن معيار صحه الرجوع عندنا هو معيار الرجوع فى باب خيار العيب و هو كما فى الاخبار هنا و هناك كون المال الموهوب أو المبيع قائما بعينه و لا اشكال ان ارتفاع القيمه و هبوطها لا يمنع صدق كونها قائمه بعينها كما لا إشكال فى ان الزياده و النقيصه العينيه تمنع من ذلك سواء كانت بفعل إنسان مطلقا أو بسبب سماوى، و اما إذا لم تتغير فاما ان يكون قد تصرف بها بما لا يوجب التغيير.

كركوب الدابه و ليس الثوب و مطالعه الكتاب أولا و الثانى هو القدر

المتيقن لجواز الرجوع كما لا- ينبغى الإشكال فى صحه الرجوع فى الأول أيضا لصدق كونها قائمه بعينها و اما المنفصله فإن أوجبت تغيير العين كما لو هزلت الدابه بالولاده فلا رجوع و ان لم توجب التغيير صح الرجوع لأنها قائمه بعينها كما فى (المجله) فلو حملت الفرس التى وهبها أحد لغيره فليس له الرجوع عن الهبه لكن له الرجوع بعد الولاده و بهذه الصوره يكون فلوها للموهوب له.

اما الأقوال فى أصل مسأله التصرف فهى عندنا ثلاثه (۱) مطلق التصرف مانع من الرجوع حتى مثل لبس الثوب و ركوب الدابه و لعل مدركهم ظواهر الأخبار المانعه من الرجوع بالهبه مثل (الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه) التى لا محيص من حملها على الكراهه و الا لزم كون الهبه مطلقا لازمه حتى مع عدم التصرف فالدليل أعم من المدعى مضافا الى كونه مصادما للضروره فى أن الأصل فى الهبه الجواز (۲) بعكسه و هو ان مطلق التصرف لا- يمنع الرجوع و لعل مدركهم استصحاب الجواز و هو منقطع بالدليل و كلاهما إفراط و تفريط (۳) الوسط و هو خيرها التفصيل بين النافل كالبيع و الصلح و نحوها أو المغير كطحن الحنطه و خياطه الثوب و غرس الأرض أو بنائها دارا و بين ما ليس بناقل و لا مغير كلبس الثوب و نحوه و هذا هو الذى يساعد عليه الدليل و المعيار المذكور فى الاخبار، ففى صحيحه الحلبى إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله ان يرجع فيها و الا فليس.

بقى فى المقام أمور مهمه يلزم التنبيه عليها

اشاره

(۱) قد عرفت ان انتقال العين من ملک الموهوب له الی آخر یمنع من الرجوع

کما فی ماده «۸۷۰» إذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه عن ملکه بالهبه و التسلیم فلا یبقی للواهب صلاحیه الرجوع. و هذا مما لا اشکال فیه انما الإشکال لو عادت الی ملکه ثانیا بشراء أو إقاله أو إرث أو غیر ذلک فهل یعود جواز الرجوع أم لا وجهان- من ان المانع إذا زال یعود الممنوع و من ان مناط جواز الرجوع بقاء العین فی ید الموهوب له علی ما کانت و الفرض هنا انها قد تغیرت صفه ملکیتها «و بعباره اجلی» ان حق الرجوع کان فی تلک الملکیه الحاصله بالهبه و قد زالت و هذه ملکیه جدیده لم یتحقق فیها حق الرجوع لأحد، و بعباره ثالثه أو وجه آخر ان الواهب له حق الرجوع فی الملکیه التی نشأت منه و هذه ملکیه.

اخری لا سلطه له علیها، و من هنا ذهب السید الأستاذ قدس سره الی المنع من الرجوع و لکن اللازم بین ما إذا کانت الملکیه العائده هی الأولی کما فی الإقاله و الفسخ فله الرجوع، و بین ما لو کانت غیرها کشراء و نحوه فلا رجوع، و مع ذلک فالمسأله من أصلها لا تخلو من نظر لان رجوع الموهوب الی الموهوب له علی حاله یحقق صدق قیام الهبه بعینها المحقق لموضوع الرجوع شرعا و المدار فیه علی صدق القیام و العرف ینظر الی تغیر العین و عدم تغیرها لا إلی الملکیه و تبدلها و عدم تبدلها أما قضیه ان الملکیه العائده هی الزائله أم غیرها فلا اثر له فی المقام أصلا بل المدار علی صدق القیام و عدمه.

«۲» لو شک ان العین هل تغیرت أم هی قائمه بحالها

اما للشک

فی ان تبـدلها من تلک الحال الی الحال التی هی فیه فلا یوجب صدق عدم القیام أو من جهه الشک فی أصل التبدل فالظاهر انه لا رجوع لعـدم إحراز تحقق الموضوع و مع الشک فی تحقق الموضوع لا مجری للاستصـحاب نعم یمکن ان یقال ان هذه العین کـان یجوز للواهب الرجوع فیها و الآن کما کان و ملک الصـفه الزائله ما کانت قیـدا فی الموضوع بل هی بسـبب الشک کالتغیر فی الماء النجس فان زوال التغیر لا یمنع من استصحاب نجاسته

(۳) قد یقال ان وطئ الجاریه و ان لم یحصل به حمل تصرف مسقط للرجوع

بـدعوی انه تغییر فی الصـفات النفسانیه و هو کما تری ممنوع صـغری و کبری نعم لو حملت و کانت بکرا فافتضـها أو تکرر منه الوطء کان من التصـرفات المسـقطه للرجوع لعدم قیامها بعینها، و من هنا یظهر الکلام فی الإجاره فإنها لا تمنع الرجوع لان العین قائمه علی حالها و الإجاره لا تغیر من العین المسـتأجره شـیئا حسـیا فضـلا عن مثل العاریه و الودیعه، و لو آجر الموهوب له العین الموهـوبه ثم رجع الواهب فی الأثنـاء فهـل تبقی الإجـاره بحالهـا و یسترجعهـا الواهب بعـد انقضـاء المـده أو تنفسـخ الإجـاره و یسترجعها حالا أو لا یصح الرجوع أصلا، وجوه أوجهها الأول لأنه عقد صحیح صدر من أهله فی محله فلا وجه لبطلانه غایته ان الواهب له حق الاسترجـاع و مقتضـی الجمع بین الحقین ان یسترجعهـا مسـلوبه المنفعه، اما مثل التـدبیر و المکاتبه فضـلا عن مثل العتق و الرهن أو غرس الأشجار أو بناء الأرض دارا أو مزج العین بمثلها بحیث لا تتمیز فلا إشکال فی عدم الرجوع فی الجمیع.

«۴» لو باع الواهب بعد الهبه و القبض العين الموهوبه

فإن كانت الهبه لازمه فلا إشكال فى انه فضولى موقوف على اجازه المتهب و ان كانت جائزه، فقيل يقع باطلا ان قصد به الرجوع عن الهبه و التمليک لانه لا بيع إلا فى ملک فلو توقف الملک على البيع- دار- و ان شئت قلت ان السبب الواحد لا يعقل ان يكون مملكا للواهب و ناقلا هذه الملكيه إلى المشترى فيكون عقدا و فسخا، و لكن تصحيحه و دفع هذين المحذورين بان توقف ملكيته على البيع المحقق للرجوع مما لا اشكال فيها فلا يملک الا بالبيع و لكن يكفى فى الملكيه المصححه للبيع اقترانها بالبيع لا تقدمها و سبقها، و قاعده لا بيع إلا فى ملک، لا تقتضى أكثر من لزوم كون البيع مع الملک أعم من كونه سابقا أو مقارنا، توضيح ذلک ان الرجوع فى الهبه كالرجوع فى الطلاق لا يحتاج الى عقد و لا إيقاع بل يكفى فيه القول الدال عليه كما يكفى أى فعل من الأفعال الظاهره فى قصد الرجوع فالبيع الصادر من الواهب بما هو فعل قصد به الرجوع يكون فسخا و مملكا له و بما هو عقد بلحوق القبول يكون ناقلا و مملكا للمشترى فعند شروعه بالإيجاب انفسخت الهبه و رجع ملكا للواهب و عند تماميه العقد إيجابا و قبولا يعود ملكا للمشترى و ينتقل اليه من الواهب فاندفع المحذوران مع المحافظه على القواعد و اتجه القول بالصحه و له نظائر منها بيع ذى الخيار لنفسه ما انتقل عنه بقصد الفسخ، و منها عتق العبد الموهوب بقصد الرجوع فى الهبه فتدبره و اغتنمه فإنه من نفائس العلم

(السبب الخامس) من أسباب لزوم الهبه- تلف العين الموهوبه

كما

نصت علیه ماده [۸۷۱] إذا استهلک الموهوب فی ید الموهوب له فلا یبقی للرجوع محل یعنی ان حق الرجوع قائم بشخص العین فیذهب بذهابها لا- بمالیتها حتی ینتقل الی المثل أو القیمه کما فی الفسخ بالخیار بعد تلف العین و لا فرق فی التلف المسقط للرجوع بین کونه سماویا أو بشریا من الواهب أو المتهب أو أجنبی کل ذلک لما تکرر من ان المعیار کون الهبه قائمه بعینها نعم یمکن القول بان تلف البعض لا یمنع حق الرجوع فی الباقی لأنه قائم بعینه و لا یخلو من نظر و الحق هو التفصیل بین ما إذا کان الموهوب متعددا حقیقه کثوب و کتاب فتلف أحدهما لا- یسقط حق الرجوع فی الآخر لأنه قائم بعینه و یرجع فی الحقیقه إلی هبتین و بین ما یکون واحدا بحسب الصدق العرفی و ان کان مرکبا ذا أجزاء فی الحقیقه کالثوب الواحد المؤلف من قطعات مختلفه أو متفقه فلو تلف بعض اجزائه سقط حق الرجوع فی الباقی لعدم قیام الهبه بعینها و هی هبه واحده و منه یتضح لک حال نقص العین مطلقا فان المعیار فیه صدق القیام فان انتفی فلا رجوع و الا فحق الرجوع باق و الحکم الکلی واضح و انما الإشکال فی التطبیق و معرفه حال المصادیق و هی التی یقع الشک و الاشتباه فیها غالبا فمثل نسیان الکتابه و أمثالها من الصفات النفسانیه یقع الشک انها مغیره للعین أو لا بل هی قائمه بعینها و منشأ ذلک ان المدار علی التغییر الحسی فقط أو الأعم منه و من النفسی و الموارد تختلف و المدار علی العرف أو نظر الحاکم ان کان منهم.

و یلحق بالتلف الحقیقی و هو هلاک العین التلف الحکمی و هو انتقالها

ببيع أو صلح فضلا عن مثل العتق و الانعتاق بالتنكيل و الأسباب الخاصه المعروفه، نعم يشكل فى مثل التدبير و الكتابه و الأقرب فيها بقاء حق الرجوع فليتدبر، هذا كله فى الهبه الجائزه المجرده عن الشرط اما الهبه اللازمه التى اشترط الواهب فيها خيار الفسخ كما لو وهب قرابته و اشترط ان له الرجوع متى شاء فان له الفسخ حتى بعد التلف و يسترد المثل أو القيمه.

و الفرق بين حق الرجوع المجعول بأصل الشرع فى العين- و بين الفسخ المجعول بشرط الواهب فى العقد ظاهر بعد قليل من التأمل.

«السادس» من أسباب اللزوم موت الواهب أو المتهب بعد القبض

و لو لأجنبى فتلزم الهبه و لا رجوع لورثه الواهب و لا له على ورثه المتهب لان الرجوع حكم شرعى لا حق مالى حتى ينتقل كالخيار و نحوه إلى الورثه أو عليهم و لو سلم كونه حقا فهو قاصر على ذات الواهب و لا أقل من ان الأصل عدم الانتقال و العين بموت الموهوب له قد انتقلت الى ورثته و قد عرفت ان الانتقال أحد أسباب اللزوم فلا رجوع للواهب و لا سيما و الورثه ملكوه بالإرث لا بالهبه، و بهذا يستبين ما فى ماده «۸۷۲» وفاه كل من الواهب و الموهوب له مانعه من الرجوع بناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبه إذا توفى الموهوب له كذلك ليس للورثه استرداد الموهوب إذا توفى الواهب

«السابع» كون الموهوب دينا على الموهوب له

كما فى ماده (۸۷۳) إذا وهب الدائن للمديون منجزا فليس له الرجوع.

فإنها فی الحقیقه إسقاط و إبراء و یقولون: ان الساقط لا یعود- یعنی إلا بسبب جدید و هذا یطرد فی کل کلی فی الذمه و ان لم یکن قرضا کثمن مبیع أو وجه إجاره أو نحو ذلک اما لو وهبه لغیر المدیون و لم یکن رحما و لا زوجیه فله الرجوع حتی بعد القبض و تخیل انه قد وهبه الکلی و المقبوض المصداق و هو شی ء آخر واضح الضعف

«الثامن» ماده (۸۷۴) لا یصح الرجوع عن الصدقه بعد القبض بوجه من الوجوه.

و کان الاولی ان یدخل هذا فی الهبه المعوضه فإن الثواب هو العوض و قد استحقه و کتب له فصار بحکم المقبوض و بحکم المعوضه، و لا فرق بین ان یجعلها بلفظ الصدقه و مشتقاتها أو بلفظ الهبه و متفرعاتها کما لا فرق بین کونها علی الفقیر أو الغنی أو المجهول و علی مسلم أو کافر ان تحققت القربه ببعض الجهات.

ماده (۸۷۵) إذا أباح الرجل لآخر شیئا من مطعوماته

فلیس له التصرف فیه بوجه مما یتوقف علی المالک کبیع و هبه و صلح و لکن له الأکل و التناول من ذلک الشی ء و بعد هذا لیس لصاحبه مطالبه قیمته مثلا إذا أکل أحد من بستان آخر بإباحته مقدارا من العنب فلیس لصاحب البستان مطالبه قیمه ذلک،،، من المعلوم ان الإباحه لیست تملیکا بل هو تسلیط علی التصرف فیقتصر علی مقدار الاذن و الرخصه فلو اذن له بجمیع التصرفات حتی الناقله کان من قبیل المعاطاه عند القائلین بالإباحه و الاشکال هناک یأتی هنا بالأولی. و لو رخصه علی

نحو مخصوص و تصرف معين تعين و ليس له التجاوز فلو تجاوز كان باطلا و لما كانت قرينه الحال فى إباحه المطعومات ظاهره فى إراده إباحه الأكل خاصه تعينت كالمدعويين فى الولائم و نحوها و لا يجوز غير الأكل من التصرفات و له نظائر قد تقدم بعضها فليراجع و منها ما فى ماده (۸۷۶) الهدايا التى ترد فى الختان و العرس تكون لمن ترد باسمه من المختون و العروس و الولد و الوالده و ان لم يذكر أنها وردت لمن و لم يمكن السؤال عنها و التحقيق فعلى ذلك يراعى عرف البلد و عادتها يعنى إذا خصها المالک اختصت و الا فالمتبع هو العرف الخاص و على كلا التقديرين فهى من مصاديق التمليک المجانى و لا إشكال فى هذا انما الإشكال أنها هل هى من الهبه الجائزه التى يجوز الرجوع فيها و الحكم بذلک و لا سيما مع تبانى العرف على عدم الرجوع فيها مشكل و الحكم بلزومها مع عدم وجود أحد الأسباب الملزمه أشكل فالمسأله تحتاج الى مزيد دقه و تأمل.

و نظير هذا الهدايا المرسله الى المسافرين عند قدومهم أو منهم الى أصدقائهم و أقربائهم و أمثال ذلک و هو كثير و منه ما يعطى بعنوان الاعانات و المساعدات فان الجميع تمليكات مجانيه و حالها من حيث جواز الرجوع و عدمه ما عرفت.

الفصل الثانی فی (هبه المریض)

یعنی مرض الموت التی تتوقف فیه تصرفات المریض المجانیه الزائده علی الثلث علی اجازه الورثه عند کثیر من الفقهاء و عند آخرین تنفذ من حینها و لا تتوقف و المسأله مشهوره و محرره فی محالها من کتب الفقه ککتاب الحجر و الوصیه و الغرض هنا ذکر ما یتعلق بالهبه لأنها من أشهر التصرفات المجانیه و أکثرها وقوعا.

ماده (۸۷۸) إذا وهب من لا وارث له جمیع أمواله لأحد فی مرض موته و سلمها فیصح بعد وفاته و لیس لأمین بیت المال المداخله فی ترکته.

الهبه فی مرض الموت کالهبه فی غیره لا تخرج عن حقیقه الهبه و لا ترجع إلی الوصیه کما توهمه بعض الشراح فإن الهبه تملیک منجز و الوصیه تملیک معلق علی الموت فأین هذا من ذاک، نعم الفرق بین الهبتین ان التی تقع فی حال الصحه تصح بعد القبض و لا سلطه الا للواهب علی حلها ان کانت جائزه و التی تقع فی مرض الموت یراعی فیها

قضيه الثلث عند أرباب هذا القول فان ساوت أو قصرت نفذت من حينها و ان زادت فان كان هناك وارث غير الإمام فأجاز جازت و الا- بطلت فى الزائد و ان لم يكن سوى الإمام فالأمر اليه ان شاء أنفذها فى الجميع و ان شاء أبطلها فى الزائد و كذا الكلام فى نائبه العام و الخاص، و كذلك هبه كل من الزوجين للآخر حيث لا وارث سواه غير الإمام فإن المال كله للآخر منهما على كل حال اما هبه أو ميراثا فرضا أو ردا على القول بأن الزوجه يرد عليها، اما لو كان وارث غير الموهوب له فالمدار فى الزائد على اجازته كما عرفت و عليه ماده (۸۷۹) إذا وهب أحد فى مرض موته شيئا لأحد ورثته و بعد وفاته لم تجز الورثه الباقون فلا تصح تلك الهبه.

و هذا صحيح و لكن لا وجه لتخصيص الموهوب له بأحد الورثه بل و لو لأجنبى و تنفذ بإجازه الورثه سواء كانت قبل موته أو بعده و توهم عدم صحتها قبل موته لأنها إسقاط ما لم يتحقق مدفوع بان مرض الموت موجب لتعلق حق للورثه بتركه مورثهم فى الزائد على الثلث عند أرباب هذا القول كتعلق حق الغرماء و لذا يكون محجورا عليه فى الزائد و باعتبار ذلك الحق تصح إجازتهم و يعتبر ان يكون المجيز عاقلا- بالغا غير مريض مرض الموت و للولى أو الوصى الإجازه مع المصلحه لا- مطلقا نعم المعتبر هو الوارث عند الموت لا عند الهبه فلو أجاز الوارث عند الهبه ثم مات قبل الواهب لغت اجازته طبعا.

و تصح الهبه للوارث و لغيره كما تصح الوصيه كذلك من صحيح

و مريض، و ما يرويه الجمهور من حديث (ان اللّه قد اعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث) غير معمول به عندنا و محمول على عدم وجوب الوصيه للوارث لأن إرثه الذى فرضه اللّه يدفع وجوب الوصيه و فى بعض الروايات ما يشير الى ذلك، نعم لا ريب ان ترجيح الورثه على بعض فى الهبات و التمليكات الصلحيه أو البيوع المحاباتيه- جور و إجحاف على باقى الورثه كما فى كثير من الاخبار و هو مكروه كراهه شديده تكاد تلحقه بالحرام نعم و قد يبلغ الحرمه إذا استلزم حصول الشحناء و البغضاء بين الاخوه و الأولاد، و فى بعض الاخبار ان أحد الصحابه اشهد النبى «ص» على تمليك عقار لبعض ولده فقال له النبى صلى اللّه عليه و آله هل أعطيت بقيه ولدك مثل ما عطيته فقال لا فقال (ص) هذا جور و انا لا اشهد على جور- هذا كله مع تساوى الأولاد من سائر الجهات اما لو تميز أحدهم ببعض المرجحات فقد يستحب الترجيح بل قد يجب مع الأمن من المفسده كما لو كان أحدهم فقيرا أو مريضا أو عاجزا عن الكسب أو مشغولا بطلب العلم أو نحو ذلك من المميزات و هذا باب واسع و له إغلاق و أقفال كثيره مفاتيحها العقل و العدل و الوجدان هذا كله فى الهبه للوارث (اما لو وهب و سلم لغير الورثه فإن كان ثلث ماله مساعدا وافيا بتمام الموهوب تصح و ان لم يكن وافيا و لم تجز الورثه الهبه تصح فى المقدار الوافى و يكون الموهوب له مجبورا على رد الباقى).

و قد عرفت انه لا فرق فى ذلك بين الهبه للوارث و غيره و يلحق

بـالهبه جميع معاملاـته المحابـاتيه كمـا لو بـاع أو آجر أو صالـح بأقـل من ثمن المثـل فإنها جميعا تتوقف على اجازه الورثه لأنها تزاحم حقوقهم فى الثلثين امـا ما كان بثمن المثل أو أزيـد فينفـذ من حينه بلا توقف و كـذا الكلام فى حق الغرماء فيما لو كانت الديون تسـتغرق التركه فإن تصرفات مرض الموت المحاباتيه لا تنفذ إلا بإجازه الغرماء فلو وهب بغير عوض مساوى كان لهم رد الهبه و استرداد الموهوب و لو كانت الديون تقابل نصف أمواله أو ثلثيها لوحظت النسـبه فإن كانت الهبه أقل من النصف توقفت على اجـازه الورثه فقـط و ان كـانت أزيـد توقفت على إجـازتهم و اجازه الغرماء و الى بعض هـذا أشارت ماده (٨٨٠) إذا وهب المسـتغرق تركته بالـديون أمواله لوارثه أو لغيره و سـلمها ثم توفى فللغرماء ان يدخلوا أمواله فى قسـمتهم ان لم يمضوا الهبه،،، و هى مجمله و التحقيق الوافى ما ذكرناه.

(و الى هنا تم كتاب الهبه و يليه كتاب الغصب و الإتلاف)

بسم اللّه الرّحمن الرّحیم و له الحمد

الکتاب الثامن (فی الغصب و الإتلاف

اشاره

و یشتمل علی مقدمه و بابین)

المقدمه (فی بیان الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالغصب و الإتلاف)

اشاره

ماده (۸۸۱)

الغصب:

هو أخذ مال أحد و ضبطه بدون اذنه و یقال للآخذ غاصب و للمال المضبوط مأخوذ و لصاحبه مأخوذ منه، جرت طریقه الفقهاء من العامه و الخاصه أن یفردوا فی کتبهم الفقهیه کتابا خاصا للغصب مع ان المباحث التی یذکرونها فی هذا الکتاب لیست من آثار الغصب أصلا و انما هی من آثار الید- و الغصب فرع من فروعها و هی الأصل و سیأتی ان الغصب انما یمتاز عن سائر موارد الید فی الحرمه التکلیفیه فقط و کان الأصح ان یجعل عنوان هذه المباحث (کتاب أسباب الضمان) و أولها الید و لعله من تسامح الأولین و اقتفی أثرهم جل الآخرین.

و تحریر البحث کما هو حقه- ان أسباب الضمان و نعنی به صیروره مال شخص فی عهده آخر بأن یؤدیه إلیه عینا أو بدلا مثلا أو قیمه و أسباب

هذا و ان كانت كثيره و لكن أشهر أصول الضمانات و أكثرها وقوعا و أوسعها فروعا- أربعه «۱» اليد «۲» الإتلاف «۳» الالتزام «۴» الغرور. و المراد باليد الاستيلاء على مال الغير بغير حق يعنى بغير اذن من المالك و لا الشارع فان كان عالما عامدا مختارا فهو عدوان محرم مضاف إلى أثره الوضعى من لزوم دفع غرامته لو تلف و هو الغصب المعروف و ان لم يكن كذلك فلا حرمه بل عليه الضمان فقط اى وجوب رد العين موجوده ورد بدلها مفقوده،،، و قد اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف الغصب ففى المجله هو الأخذ. و فى جمله من متون فقهائنا هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا و هذا التعبير أقربها إلى الحقيقه و ان كان لا يخلو من خدشه و هناك تعبيرات اخرى كلها قاصره و تعريف المجله أشدها قصورا إذ لا يعتبر فى الغصب الأخذ بل لو استولى على المال و هو فى يد صاحبه كان غصبا كما لو سكن الدار معه و صيره مأمورا بأمره، و كذا التعبير بالاستقلال فان وضع اليد على الشى ء مع يد المالك كما لو ركب الدابه معه غصب و ان لم يكن هناك استقلال، و مثله التعبير عنه بإزاله اليد المحقه و وضع اليد المبطله و كيف كان فقد ظهر لك ان أحسن ما يمكن التعبير عنه بالمعنى العام انه اى الغصب الاستيلاء على مال الغير بغير حق و بالمعنى الخاص و هو المحرم عقلا- و شرعا الاستيلاء على مال الغير عدوانا، و الفرق بينهما واضح و من الغريب ان المجله جعلت الآخذ هو الغاصب ثم غفلت عن جعل المأخوذ مغصوبا و المأخوذ منه مغصوبا منه، و يشبه ان يكون هذا من

قبیل ما یسمونه فی البدیع «بالإطاعه و العصیان».

ماده (۸۸۲) قیمه الشی ء قائما هی قیمه الابنیه أو الأشجار حال کونها قائمه فی محلها

و هـو ان تقوم الأـرض مع الاـبنیه و الأشـجار و تـاره تقوم علی ان تکون خـالیه عنهمـا فالتفاصـیل و التفـاوت الـذی یحصـل بین القیمتین هو قیمه الأبنیه و الأشجار قائمه.

و أسـهل من ذلـک ان تقوم نفس الابنیه من حیث هی متراصه و مجتمعه و الأشـجار من حیث کونها نابته نامیه و هـذا شـی ء قد یعرفه أهـل الخبره بسـهوله. و من هـذا القبیـل تقویم ثمن الزوجه من الاـبنیه و الأشـجار علی المشـهور عنـدنا من انها لا ترث من أعیانها بل من القیمه.

ماده (۸۸۳) قیمه الشی ء مبنیا

هی قیمه البناء قائما.

ماده (۸۸۴) قیمه الشی ء مقلوعا

هی قیمه انفاض الابنیه و الأشجار بعد القلع.

ماده (۸۸۵) قیمه الشی ء حال کونه مستحقا للقلع

هی للقیمه الباقیه بعد تنزیل اجره القلع من قیمه المقلوع.

هذه المواد مع انها من الواضحات قلیله الجدوی ضئیله الفائده

ماده (۸۸۶) نقصان الأرض هو الفرق و التفاوت الذی یحصل بین أجره الأرض قبل الزراعه و بعدها.

یعنی إذا زرع الغاصب أو غیره و نقصت الأرض بذلک التصرف و أرید معرفه قدر النقیصه بنظر التفاوت بین أجرتها قبل الزراعه و بعدها و لو جعلوا المعیار التفاوت بین قیمتها قبل ان تزرع و بعدها لکان أهون

و أتقن.

(۸۸۸) الإتلاف تسببا هو التسبب لتلف شی ء

یعنی إحداث أمر فی شی ء یفضی الی تلف شی ء آخر علی جری العاده و یقال لفاعله متسبب کما ان قطع حبل قندیل معلق یکون سببا مفضیا لسقوطه علی الأرض و انکساره و یکون قد أتلف الحبل مباشره و کسر القندیل تسببا و کذلک إذا شق أحد ظرفا فیه سمن و تلف ذلک السمن یکون قد أتلف الظرف مباشره و السمن تسبیبا،،، تشیر المجله بهذا الی ان الإتلاف الذی هو أحد أسباب الضمان نوعان لان المتلف اما ان یتلفه مباشره أو تسبیبا و قد أشارت إلی تعریف التسبیب و هو إحداث أمر فی شی ء یفضی الی تلف شی ء آخر و ساق له تلک الأمثله التی هی مثال للتسبیب کما هی مثال للمباشره التی لم یذکر تعریفها و ضابطتها و قد تکثرت العبارات فی إعطاء الضابطه الفارقه بین المباشره و التسبیب فان الحکم و هو الضمان حیث یجتمع المباشر و السبب یختلف فتاره یکون علی المباشر و اخری علی السبب فلا بد من ضابطه یمتاز بها أحدهما عن الأخر، و الضابطه المذکوره فی المجله مختله و توضیح ذلک یستدعی تمهید (مقدمه) و هی ان الافعال التی تسند إلی الإنسان نوعان (قیامیه) و هی التی تقوم بالفاعل قیام حلول مثل النوم و الموت و الحیاه إلی کثیر من نظائرها فإن نسبه الموت الی زید فی قولک مات زید لیس لان الموت صدر منه بل لانه حل به و قام فیه و هکذا القول فی أمثاله و نسبه هذه الأحداث إلی الموضوعات القائمه بها انما بضرب من التوسع و الا فحقیقه النسبه تقتضی صدور الفعل

من الفاعل لا حلوله فيه و ليست تلك الاحداث الفاعليه من أفعالنا بل لها أسباب و علل خاصه توجد بوجودها انما أفعالنا حقيقه هی القسم الثانی و هی «الصدوریه» أی التی تصدر من الشخص حقیقه و تسند الیه بلا ـ عنایه مثل القتل و الأکل و الشرب و أضرابها و هی أیضا نوعان «تولیدیه» و هی التی یوجد الفاعل أسبابها فیسند الیه مسبباتها مثل الإحراق حیث یقال فلان أحرق البیت یعنی انه القی النار علیه أو ألقاه فیها فاحترق و أکثر أفعال البشر من هذا القبیل «و غیر تولیدیه» و هی التی یوجد الفاعل المسبب بلا واسطه بل یکون السبب صرف إرادته و هو قلیل مثل الکلام و القیام و اضرابهما و کلا النوعین هی من أفعالنا مباشره فالفاعل المباشر هو موجد الشی ء رأسا بإرادته أو موجد سببه.

و حیث ان تأثیر الأسباب فی الغالب لا یکون الا بانضمام الشروط و سبق المعدات فربما یوجد السبب بفعل شخص و یوجد غیره الشرط أو المعد فموجد السبب هو المباشر و موجد الشرط أو المعد اصطلحوا علیه اصطلاحا خاصا فی هذا الباب انه المسبب مع ان فاعل السبب غیره مثلا من حفر بئرا فی الطریق لغرض له فالقی فیها شخص رجلا آخر أو دابه فالمباشر هو الملقی و حافر البئر هو فاعل الشرط أو المعد فإذا تغایر المباشر و فاعل الشرط أو المعد فالضمان علی المباشر إلا فی موردین کما سیأتی اما إذا اتحد بان کان المباشر هو فاعل الشرط أو المعد کما لو کان الملقی هو الحافر فالضمان علیه علی کل حال، و مما ذکرنا یظهر لک الخلل فیما ذکرته المجله و ذلک من وجهین (الأول) ان قاطع الحبل المعلق به القندیل

إذا وقع و انكسر هو كاسر القنديل مباشره غايته انه فعل أحدهما بإرادته و الآخر بإيجاد سببه و كلا الفعلين كما عرفت هما من أفعال المباشره لغه و عرفا بل و عقلا.

(الثانى) حيث ان الفاعل لهما واحد فليس هو من موارد الفاعل مباشره أو تسبيبا. و انما موردهما حيث يتعدد الفاعل فيكون فاعل السبب غير فاعل الشرط أو المعد، فتدبر هذا و اغتنمه فقد اشتبه على كثير من الفريقين.

ماده (٨٨٩) التقدم هو التنبيه و التوصيه بدفع الضرر الملحوظ و إزالته قبل وقوعه.

هذه الماده غير واضحه المراد، و لا معلومه المفاد. و فسرها البعض بما حاصله ان جدار الجار إذا مال الى الانهدام فللشخص ان يقول لجاره ان جدارك متصدع فاهدمه فان لم يفعل فسقط و أتلف شيئا ضمن انتهى.

«أقول» و هذا ما لا جدوى فيه فان صاحب الجدار المنهدم إذا أتلف على جاره شيئا كان ضامنا إذا عد مقصرا كما هو الغالب سواء أنذره جاره أم لا، و الذى ينبغى التنبيه عليه فى هذه القضيه اعنى قضيه الإنذار هو ان المتلف إذا نبه صاحب المال و أنذره بالتحفظ فلم يتحفظ فلا ضمان على المتلف مثلا لو وجد راكب الدابه امامه فى الطريق متاعا لشخص فانذره و قال له قبل ان يصل اليه ارفع متاعك من الطريق فلم يرفعه و سحقته الدابه و أتلفته فلا ضمان على الراكب لان صاحب المتاع هو الذى فرط فى حفظ متاعه نعم لو لم ينذره

و أتلفه كـان ضامنـا. و هـذا كله يرجع الى قضـيه التسبيب ففى الصوره الأـولى المتلف صـاحب المتـاع و فى الثانيه راكب الـدابه فتدبره.

الباب الأول فی (الغصب

اشاره

و یحتوی علی ثلاثه فصول)

الفصل الأول « (فی بیان احکام الغصب)»

اشاره

قد عرفت ان الاستیلاء علی مال الغیر بغیر اذنه أو اذن الشارع یترتب علیه أحکام فإن کان عالما و العالم عامد کان غاصبا و عدوانا و ترتب علیه حکمان (أحدهما) تکلیفی و هو الحرمه و استحقاق العقوبه (و ثانیهما) وضعی و هو کون المال فی عهده واضع الید و معنی کونه فی العهده وجوب رده ان کان موجودا و دفع غرامته مثلا أو قیمه ان کان تالفا و ان کان جاهلا بأنه مال الغیر و وضع یده علیه ترتب الأثر الثانی فقط و لم یکن حرمه و لا عقوبه و الغصب هو الأول لا الثانی و لذا ذکرنا ان عنوان الکتاب بالغصب لیس فی محله فإن الاحکام التی نذکر فی هذا الکتاب لا شی ء منها یتعلق بالغصب بعنوانه الخاص و انما هی للعنوان

العام سواء كان غصبا أم لا و أول تلك الاحكام التى هى للعنوان الجامع و هو الاستيلاء على مال الغير ما ذكروا، فى ماده «۸۹۰» يلزم رد المال المغصوب عينا و تسليمه الى صاحبه فى مكان الغصب ان كان موجودا و ان صادف الغاصب صاحب المال فى بلده اخرى و كان المغصوب فيها فان شاء صاحبه استرده هناك و ان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله و مئونه رده على الغاصب،،، اعلم ان للمال الذى صار فى يد الغير بغير وجه شرعى ثلاث حالات (الاولى) أن يكون باقيا على حاله لم يتلف و لم يتغير ثم لا- يخلو، اما ان يكون باقيا فى بلد الغصب أو نقل الى أخرى و على كلا التقديرين اما ان يحتاج نقله الى المحل الذى غصب فيه الى مئونه أو لا يحتاج و على تقدير انتقاله الى بلد أخرى فاما ان يطالبه صاحبه فى تلك البلد أو لا اما مع طلب المالك فلا إشكال فى وجوب رده له مطلقا و لا يجوز الامتناع من تسليمه له أينما كان نعم لو غصبه من بلد و نقله الى غيرها و طلبه المالك فى بلد ثالثه لا يبعد عدم وجوب نقله الى بلد الغصب أو تسليمه فى البلد الذى هو فيه و هو واضح، و اما مع عدم الطلب فالواجب رده الى المحل الذى أخذ منه و لا حق له فى جبر المالك على تسلمه فى بلد آخر نعم لو كان نقله الى بلده التى غصب فيها لا يحتاج إلى مئونه كالدراهم و الخاتم و أشباه ذلک لم يبعد وجوب قبوله لو دفعه الغاصب فى بلد اخرى و لا يجوز له الامتناع اما المحتاج إلى مئونه فهى على الغاصب بلا اشكال، هذا كله فى الأحوال الاعتياديه اما لو طلبه و الطريق خطر أو فيه على الغاصب أو غيره ضرر كان له الامتناع الا بتحمل المالک

التدارک أو یلقی عنه تبعه الضمان کما ان للمالک الامتناع من تسلمه مع شی ء من تلک الأحوال «الحاله الثانیه» ان یکون قد تلف و هلکت عینه و المتلف اما ان یکون المالک أو الغاصب أو أجنبی أو أمر سماوی و الحکم فی جمیع هذه التقادیر واحد و هو الضمان بدفع المثل أو القیمه إلا إذا کان المتلف هو المالک فإنه لا ضمان علی الغاصب طبعا لأنه بمنزله الاستیفاء سواء کان المالک عالما حین التلف انه ماله أم لا- اما لو کان المتلف هو الأجنبی فالمالک مخیر بین الرجوع علیه و بین الرجوع علی الغاصب ثم یرجع الغاصب علی الأجنبی لأن قرار الضمان علی من تتلف العین فی یده و لا فرق فی التلف السماوی بین کونه بتفریط الغاصب و تعدیه أم بغیر ذلک کما نبهت علیه ماده «۸۹۱» کما انه یلزم الغاصب ان یکون ضامنا إذا استهلک المال المغصوب کذلک إذا تلف أو ضاع بتعدیه أو بدون تعدیه یکون أیضا ضامنا قیمته یوم غصبه،،، و قد اتفق فقهاء الفریقین علی الفرق فی الضمان بین المثلی فیضمن بالمثل و القیمی فیضمن بالقیمه و قد مر علیک فی أوائل الجزء الأول بیان ضابطه الفرق بینهما، انما المهم الکلام فیما لو اختلفت القیمه بین یوم الغصب و یوم التلف أو بین أحدهما و بین یوم الدفع فهل اللازم دفع قیمه یوم الغصب مطلقا أو یوم التلف کذلک أو یوم التسلیم کذلک أو أعلی القیم من الأول الی الثانی أو الی الثالث، و الفرق بین باب الغصب و غیره من أنواع الضمانات وجوه بل أقوال و الخلاف قائم بین عامه أرباب المذاهب فالمنقول عن أبی حنیفه ضمان قیمته یوم الغصب و هو ظاهر إطلاق المجله و نسب

الی أکثر فقهائنا اعتبار یوم التلف لانه یوم الانتقال من وجوب رد العین إلی القیمه ضروره ان العین لما کانت موجوده عند الغاصب کان الواجب علیه ردها عینا فلما تلفت انتقل الحق من العین إلی القیمه و لکن یشکل هذا بأنه مخالف لروایه صحیحه فی هذا الباب ظاهرها اعتبار قیمه یوم الغصب و حیث ان هذه الصحیحه تشتمل علی کثیر من احکام الضمانات و ضمان منافع العین المغصوبه و هی غریزه الفائده عظیمه البرکه فاللازم هنا نقلها بنصها ثم النظر فیما یستفاد منها:

روی الشیخ الطوسی رحمه اللّه فی الصحیح عن أبی ولاد قال اکتریت بغلا الی قصر بنی هبیره ذاهبا و جائیا بکذا و کذا و خرجت فی طلب غریم لی فلما صرت قرب قنطره الکوفه خبرت ان صاحبی توجه الی النیل فتوجهت الی نحو النیل فلما أتیت النیل خبرت انه توجه الی بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بینی و بینه و رجعت الی الکوفه و کان ذهابی و مجیئی خمسه عشر یوما فأخبرت صاحب البغل بعذری و أردت أن أتحلل منه فیما صنعت و ارضیه فبذلت له خمسه عشر درهما فأبی أن یقبل فتراضینا بأبی حنیفه و أخبرته بالقصه و أخبره الرجل فقال لی ما صنعت بالبغل قلت أرجعته سلیما قال نعم بعد خمسه عشر یوما قال فما ترید من الرجل قلت أرید کراء بغلی فقد حبسه علی خمسه عشر یوما فقال انی ما اری لک حقا لانه اکتراه الی قصر بنی هبیره فخالف فرکبه الی النیل و الی بغداد فضمن فیه البغل و سقط الکراء فلما رد البغل سلیما و قبضته لم یلزمه الکراء قال فخرجنا من عنده و أخذ صاحب

البغل يسترجع فرحمته مما افتى به أبو حنيفه و أعطيته شيئا و تحللت منه و حججت تلك السنه فأخبرت أبا عبد اللّه عليه السلام بما افتى به أبو حنيفه فقال فى مثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها و تحبس الأرض بركاتها فقلت لأبى عبد اللّه عليه السلام فما ترى أنت جعلت فداك قال ارى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفه إلى النيل و ذاهبا من النيل الى بغداد و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفه و توفيه إياه قال قلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه قال لا لأنك غاصب قلت أ رأيت لو عطب البغل أو نفق ليس كان يلزمنى قال نعم قيمه بغل يوم خالفته قلت فإن أصاب البغل عقر أو كسر أو دبر قال عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك قال أنت و هو اما ان يحلف هو فيلزمك و ان رد عليك اليمين فحلت على القيمه لزمك ذلك أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك فقلت انى كنت أعطيته دراهم و رضى بها و حللنى فقال إنما رضى بها و حللك حين قضى عليه أبو حنيفه بالجور و الظلم و لكن ارجع اليه فأخبره بما أفتيتك فإن جعلك فى حل بعد معرفته فلا شى ء عليك بعد ذلك (انتهى).

و ذكر بعض اعلام فقهائنا المتأخرين ان موضع الدلاله منها كلمتان [الاولى] ظهور قوله نعم قيمه بغل يوم خالفته فان الظاهر ان اليوم قيد للقيمه سواء أضفنا البغل الى اليوم أو جعلناه منونا عوض اللام فيكون التقدير قيمه البغل يوم المخالفه و سقوط اللام حينئذ للإضافه

لا للتنكير ليكون موهما أنها قيمه بغل مثل البغل لو تلف فيدل على ضمان القيمی بالمثل و القيمه هی قيمه المثل لا قيمه التالف، و احتمل جماعه تعلقه بالفعل المستفاد من نعم ای يلزمک يوم المخالفه قيمه بغل فلا يدل على قيمه يوم المخالفه، ثم قال و هو بعيد جدا بل غير ممكن لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفه بعد العلم بكون زمان المخالفه زمان حدوث الضمان كما يدل عليه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنی فقوله نعم يعنی يلزمک بعد التلف بسبب المخالفه قيمه بغل يوم خالفته [الثانيه] قوله أو يأتی صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل يوم اكترى كذا و كذا فإن إثبات قيمه يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه فلا بد ان يكون الغرض منه إثبات قيمه يوم المخالفه لأنه هو يوم الاكتراء فان المخالفه على ظاهر الروايه كانت بمجرد خروجه من الكوفه و معلوم عدم اختلاف القيمه فی تلک المده القليله أی ما بين الخروج من الكوفه و التوجه الى نحو النيل المحقق للمخالف (انتهى ملخصا).

و أقول ان فيما افاده قدس سره مواقع للنظر أما «أولا» فقوله و اما ما احتمله جماعه إلى قوله فبعيد جدا بل غير ممكن- غريب جدا فان الاستفهام فی كلام الراوی أ ليس يلزمنی- لم يكن حقيقيا و انما هو تقريری أو انكاری و لم يقصد به السؤال عما يضمن به بل عن أصل الضمان فإن الإمام عليه السلام لما الزمه بالكراء من الكوفه إلى النيل و منها الى بغداد ثم منها إلى الكوفه استنكر السائل ذلک، و استفهم إنكارا

- أ ليس- يلزمنى ضمان العين يغنى فكيف أضمن الأجره مع انى ضامن العين لو تلفت مشيرا الى فتوى أبى حنيفه المستنده إلى قاعده (الضمان بالخراج) فليس فى السؤال تعرض للقيمه أصلا و ليست هى من محل البحث فى شى ء فضلا عن التعرض لقيمه أى يوم من يومى الغصب أو التلف و انما ذكر الامام عليه السلام يوم المخالفه و قال قيمه بغل يوم خالفته إشاره إلى رد الاستنكار و انک بمخالفتک و غصبک خرجت عن الامانه فصرت ضامنا للعين و تعلق الضمان يوم المخالفه و من أجل المخالفه و لو كنت مستمرا على اجارتک و لم تخالفها كنت أمينا و لم تكن ضامنا فحاصل الجواب نعم يلزمک يوم المخالفه قيمه البغل لو عطب و لا اشعار فيها فضلا عن الظهور بان المدار على قيمته يوم التلف أو يوم الغصب أو غيرهما (و ثانيا) ان من الممكن منع اتحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفه إذ من الجائز انه قد اكتراه قبل خروجه بأيام و لو سلم انه اكترى يوم سفره و لكن يمكن منع قرب عدوله الى نحو النيل من ساعه خروجه من الكوفه و لو كان قريبا منها لرجع الى صاحب البغل و راجعه فى الإجاره إلى النيل و الظاهر ان قنطره الكوفه بعيده عنها، و لو سلم كل ذلک فلا دلاله فيها على ان اعتبار يوم الاكتراء كان من جهه وقوع المخالفه فيه بل لعله من أجل ان يكون هو الأصل المحفوظ فاما ان يتفقا على بقائه على تلك القيمه إلى يوم التلف أو يدعى المالك الزياده أو المستأجر النقيصه فيرجعان الى من يحكم بينهما حسب الأصول و القواعد و تعيين المدعى و المنكر و الأخذ بوظيفه كل منهما كما يشعر به ذيل الروايه و أغرب من

هذا انه قدس سره بعد استظهاره اعتبار يوم المخالفه قال ما نصه- نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحيحه بأنه لا يبعد ان يكون معنى الحكم فى الروايه على ما هو الغالب فى مثل مورد الروايه من عدم اختلاف قيمه البغل فى مده خمسه عشر يوما و يكون السر فى التعبير بيوم المخالفه دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام من ان العبره بقيمه ما اشترى به البغل الى آخره.

و هذا من الغرابه بمكان فان الحكم الواقعى لو كان هو اعتبار قيمه يوم التلف لكان اللازم بيانه و ببيانه يحصل دفع توهم العوام و لا وجه للتعبير بخلاف الواقع و ان العبره بيوم المخالفه لدفع ذلك التوهم مع ما فيه من الإغراء بالجهل، و بالجمله فالعدول عن بيان الواقع الى خلافه بذكر يوم المخالفه تاره و يوم الاكتراء اخرى مع ان العبره بيوم التلف واقعا لم يظهر له وجه أصلا بل غير جائز قطعا، و من جميع ذلك ظهر ان الروايه بمعزل عن تعيين قيمه أى يوم من الأيام المحتمله بل جل الغرض منها بيان أصل ضمان المنافع كضمان العين دفعا لشبهه أبى حنيفه التى تقدم توضيحها و الجواب عنها غير مره و بعد ان خلت القضيه عن النص فى تعيين قيمه يوم الغصب أو يوم التلف فاللازم الرجوع الى مقتضى القاعده و هو اعتبار قيمه يوم التلف لانه يوم انتقال الحق من العين إلى القيمه و اشتغال الذمه بها كما ذهب إليه أكثر فقهائنا و دعوى ان الذمه قد اشتغلت بالقيمه يوم الغصب نظرا الى ان معنى ضمان العهده كما تقدم مرارا هو وجوب رد العين مع وجودها و تداركها بالبدل مع فقدها

مدفوعه بأن اشتغال الذمه (أولا) كان فرضيا و تقديريا (و ثانيا) كان على نحو الإبهام و الإجمال و تنجزه و تعيينه يكون يوم التلف فالمدار عليه، و من هنا ظهر الحكم فيما لو كان الاختلاف من حيث المكان كما لو كان للعين قيمه فى بلد الغصب و اخرى فى بلد التلف و ثالثه فى بلد المطالبه أو التسليم فالظاهر تعيين قيمه بلد التلف لأنها هى التى استقرت و تنجزت فى الذمه و بها يحصل التدارک للعين شرعا و عرفا و لذا اتفقوا ظاهرا على عدم العبره بزياده قيمه العين بعد التلف الا من القائل بأعلى القيم من زمان الغصب الى وقت الدفع و هو شاذ و لم يعلم وجهه و أقصى ما يقال فى توجيهه ان العين كانت مضمونه فى جميع الأزمنه فإذا ارتفعت قيمتها فى زمان صار تداركها لا يحصل الا بدفع تلك القيمه فكما انها لو تلفت تعينت هى فكذا إذا حال أحد بينهما و بين المالک إذ بقاؤها مع عدم تمكنه منها مساو لتلفها حكما نعم لو ردها فقد حصل التدارک بنفس العين و لو نقصت قيمتها لان ارتفاع القيمه السوقيه أمر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالا و ان كان مقوما لماليه المال و به تتمايز الأموال قله و كثره (و بيان) آخر ان للعين مع تزايد القيمه مراتب من الماليه أزيلت يد المالک عنها فان رد نفس العين سقط الحق و لم يضمن الزياده لأنها اعتبار يتبع العين و الا ضمن العين بعليا مراتبها هذا كله لو علمت القيم يوم الغصب و يوم التلف اما لو شک فى قيمتها يوم التلف و انها كانت عشره أو خمسه فالمرجع الى الأصل العملى و هو أصاله اشتغال ذمه الغاصب و لا يحصل اليقين ببراءه ذمته من حق المالک

الا ـ بـدفع الأـكثر و استدل بهـذا أيضـا لوجـوب دفع أعلى القيم من زمن الغصب الى وقت التلف أو الى وقت الـدفع و لكنه فى الجميع واضـح الضـعف و ليس المورد من موارد الاشـتغال بـل من موارد أصـل البراءه لأـن التكليف بالأـكثر غير معلوم و القـدر المتيقن هو الأقـل و ينفى المشـكوك بالأصـل كمـا فى سـائر موارد الشـك بين الأقـل و الأـكثر، نعم لو كان التكليف مرددا بين متبـايعين أو مجملاـ تعين الرجوع الى الاشـتغال ثم ان هـذا كله انمـا هو فى تفاوت القيمه السوقيه الناشـئه من تفاوت الرغبات اما الارتفـاع لزيـاده العين فلاـ خلاـف فى ضـمان أعلى القيم و تكون الزيـاده فى القيمه بإزاء زياده العين و ضـمانها كضـمان الجزء الفائت نعم يجرى الخلاف فى ضـمان هـذه الزياده و انه باعتبار قيمتها يوم الغصب أو يوم التلف أو غير ذلك (هذا تمام الكلام) فى القيمى و جميع مـا ذكر فيه يجرى فى المثلى إذا تعـذر المثـل و انتقل الحق إلى قيمته أى قيمه المثل سوى ان يوم التعـذر هنا يقوم مقـام يوم التلف هنـاك لاـنه هو اليوم الـذى ينتقـل الحق فيه من العين إلى القيمه فيعتبر قيمه المثـل يوم تعـذره لاـ قيمه يوم التلف (الحاله الثالثه) من حالات العين المغصوبه تعـذر الوصول إليها و عـدم إمكان ردها الى المالك مع وجودها و عدم تلفها و هلاكهـا كمـا لو أبق العبـد من الغاصب أو شـردت الـدابه أو وقع المال المغصوب فى البحر أو ضاع أو سـرق و أمثال ذلك و قد اتفقـوا هنـا على وجـوب التـدارك بـدفع البـدل مثلاـ فى المثلى و قيمه فى القيمى و يسـمونه (بـدل الحيلـوله) و لكنهم وقعوا فى محذور عويص ارتكبوا أشد الارتباك فى التخلص منه

و هو انهم اتفقوا ان ما يدفعه الغاصب من البدل يملكه المغصوب منه و يتصرف فيه جميع التصرفات المتوقفه على الملكيه من بيع و رهن و وقف و غيرها ثم اتفقوا على الظاهر ان المغصوب الذى يتعسر أو يتعذر الوصول اليه كما لو كان ضائعا مجهول المحل مثلا ـ هو باق على ملك مالكه المغصوب منه و لهذا لو ظهر بعد ذلک يرجع له لا للغاصب الضامن و يؤيده انه لم يجر معامله توجب الانتقال فلزم من هذين الأمرين محذور اجتماع البدل و المبدل فى ملک شخص واحد اى اجتماع العوض و المعوض بل كون العوض بلا معوض و هو محال عقلا باطل شرعا، و حاول بعضهم التفصى عن الاشكال بالتزام عدم دخول البدل فى ملک المغصوب منه بل مفاد هذه المبادله إباحه جميع التصرفات حتى الموقوفه على الملكيه فيكون المقام نظير المعاطاه على القول بالإباحه لا الملكيه و يكون بيعا لازما بتلف أحد العوضيين فكذلک ما نحن فيه و لكنک خبير بان هذا لا يجدى فى رفع الإشكال لأنهم فى المعاطاه على القول بالإباحه التزموا بحصول الملكيه آنا ما قبل التصرف الموقوف على الملک كالوقف و البيع فلو التزمنا هنا بذلک عاد الاشكال تماما حيث يلزم ان يكون المغصوب منه قد ملک البدل مع بقاء المبدل على ملكه و لذا لو ظهر رجع اليه لا ـ الى الغاصب ففى المعاطاه يلتزمون عند التصرف بالمعاوضه على حقيقتها بخلافه هنا و من هنا أيضا ينشأ إشكال آخر و هو انه لو رجع المبدل المغصوب و أمكن رده الى مالكه فهل يرجع ما أخذه من البدل علينا أو بدلا الى الغاصب مطلقا أو لا يرجع مطلقا فيجمع بين العوض و المعوض أو يرجع

إذا كان موجودا و لا يغرمه إذا كان تالفا وجوه و أقوال لا يخلو كل واحد من الاشكال و المسأله من معضلات الفن و أقصى ما يمكن ان يقال من التحقيق و الوجه الدقيق لحلها هو ان للعين المملوكه بنظر العقلاء اعتبارا من حيث ذاتها مجرده عن كل شى ء و عن كل وصف، و اعتبارا ثانيا من حيث أوصافها و منافعها المحققه لماليتها و لا شك ان الملكيه تدور مدار الذات لا الصفات يعنى ان الملكيه تتحقق و ان لم تكن للعين ماليه كما هو واضح فى حبه الحنطه فإنها ملك لك و لا يجوز لأحد ان يأخذها بدون إذنك و يكون غاصبا لو انتزعها منك بغير رضاك و لكنها ليست بمال و لا يبذل بإزائها مال فالمال شى ء و الملكيه شى ء آخر فإذا غصبك عينا لها ماليه و حال بينك و بين الانتفاع بها فقد غصبك الذات و الصفات اى المنافع فيجب عليه عقلا و شرعا التدارك و الغرامه بعد تعذر رد الذات و لا يحصل التدارك الا بدفع بدلها مثلا أو قيمه و لا يتحقق التدارك التام و الغرامه الا بان يكون لك جميع أنواع التصرفات بالبدل حتى الموقوفه على الملك على النحو الذى كان لك فى مالك و لكن هذا لا يقتضى التبادل فى الملكيه بل كل مال من البدل و المبدل باق على ملك صاحبه و انما دفع لك البدل بدلا عن حيلولته بينك و بين الانتفاع بمالك و لذا سموه (بدل الحيلوله) و بعباره اجلى ان ماليه البدل لك اما عينه و ذاته فهى لصاحبها الضامن كما ان المبدل المفقود ذاته لك اما ماليته فقد ذهبت عليك و تداركها الغاصب بدفع البدل فلو ظهر البدل المفقود رجع الى مالكه المغصوب منه لانه ملكه اما بدله فان كان موجودا عنده أرجعه

إلى الغاصب لانه ملكه و قد ارتفعت الحيلوله الموجبه لتسلط المغصوب منه عليه و اما لو كان تالفا تلفا حقيقيا أو حكميا كما لو وقفه أو أعتقه فلا رجوع عليه لا بغرامه و لا غيرها لان الشارع أسقط ضمانه بسوء اختيار الغاصب حيث ارتكب الغصب و هذا معنى ذهابه من مال الغاصب كما لو تلفت العين المغصوبه تلفا حقيقيا أ ليس يغرمها الغاصب و تذهب من ماله؟ فكذلك هنا و يكون إتلاف المغصوب منه للبدل ليس لانه مالك له حتى يلزم الجمع بين العوض و المعوض بل هو ملك الغاصب و لكنه مأذون شرعا بإتلافه حقيقه أو حكما بوقف و نحوه مثل الاذن بأكل مال الغير فى مخمصه و نحوها سواء ان هذا بضمان و ما نحن فيه بغير ضمان لانه غاصب اما لو باعها فالأقرب ان البيع يقع متزلزلا و مراعى فان رجع المغصوب انفسخ بيع المغصوب منه للبدل و رجع الى الغاصب و ان تلف المغصوب تلفا حقيقيا أو حصل اليأس من عوده صار البيع لازما كما انه لو كان بعد فى يد المغصوب منه صار ملكا ذاتا له و أشبه المعاطاه من هذه الجهه و ان كنا لا نلتزم بالملكيه آنا ما فى هذا المقام كما فى المعاطاه بل نقول لو وقف أو أعتق أو باع انه باع و وقف ملك الغير عن نفسه بإذن الشارع و يأخذ العوض بدلا عن ماله الذى حال الغصب بينه و بين التصرف فيه فبينه و بين المعاطاه فرق ظاهر و بهذا ترتفع جميع المحاذير و تندفع كافه الإشكالات و لا يلزم سوى تخصيص قاعده لا بيع إلا فى ملك و أخواتها و هو غير عزيز النظير فى القواعد الشرعيه و المسائل الفقهيه و بهذا كله ظهر ان أصح الأقوال هو القول

الثالث و هو القول بالتفصيل كما ظهر أيضا انه مع إمكان الرد و زوال التعذر يجب على الغاصب ردها و يسترد ما دفعه من الغرامه ان كانت موجوده و الا ردها بغير استرداد شى ء فلو لم يردها و تلفت ضمنها ثانيا و هكذا و للمالك المغصوب منه انتزاعها من الغاصب و إذا رد البدل لا يرد منافعه المنفصله بل و لا يغرم قيمه ما استوفاه من منافعه الماضيه نعم الزياده المتصله تتبع العين اما منافع العين المغصوبه فهى للمالك فى جميع الأحوال و يغرم الغاصب قيمه ما استوفاه كما عرفت مرارا خلافا لأبى حنيفه ثم ليس للغاصب حبس العين المغصوبه حتى يسترد غرامته إذا كانت موجوده و ان كان القول بان له حبسها وفاقا لجماعه من الاعلام غير بعيد هذا موجز الكلام فى بدل الحيلوله و بقيت فروع و تحقيقات اخرى لا يتسع لها المجال مذكوره فى كتب أصحابنا المبسوطه و فيما ذكرناه كفايه ان شاء اللّه.

ماده (۸۹۲) إذا سلم الغاصب عين المغصوب فى مكان الغصب الى صاحبه برى ء الغاصب من الضمان.

تحتاج هذه الماده إلى قيود أخرى فإن التسليم فى مكان الغصب إنما يكفى إذا لم يكن مخوفا و لم يكن فيه محذور، اما مع الخوف أو الضرر فلا يكفى فى رفع الضمان إلا إذا رضى المغصوب منه كما كان يلزم تقييد صاحبه بما إذا كان بالغا عاقلا رشيدا و مع فقد واحد من هذه الصفات فالضمان باق و فى حكم تسليمه التسليم الى وكيله أو وليه أو وارثه مع موت المالك و لو سلم العين الى أحد الورثه بدون اذن الباقين ضمن

لهم و فی حکم تسلیمه أیضا اذن المالک ببقائها عند الغاصب ودیعه أو عاریه أو إجاره أو إباحه ففی جمیع ذلک یزول الضمان عن الغاصب و یجری علیه حکم تلک العناوین و کذا لو وکله علی بیعه أو إجارته فتلف قبل ذلک، و الحاصل یزول عنوان الغصب الموجب للضمان بکل ما دل علی رضا المالک ببقاء العین المغصوبه فی ید الغاصب و یتحقق به عنوان الرد عرفا فلو قال للغاصب أنت وکیل علی بیعه و تلف فی ید الغاصب قبل البیع فلا ضمان خلافا لبعض شراح المجله و کل هذا واضح انما المهم ما یتحقق به عنوان الرد و التسلیم و هو کسائر المفاهیم له أفراد قطعیه الدخول فیه کما ان هناک افرادا قطعیه الخروج و هناک افراد مشکوک بأنه یتحقق عنوان الرد بها حتی یزول الضمان أم لا، منها ما ذکره فی ماده (۸۹۳) إذا وضع الغاصب عین المغصوب و ان لم یوجد رد فی الحقیقه و منها ما لو دفعه له بعنوان الهدیه أو الضیافه أو نحوها من العناوین المجانیه و انها لیست ماله المغصوب فلو غصبه طعاما و قدمه للمالک فأکله و هو لا یعلم بأنه طعامه لم یتحقق الرد و یکون ضامنا الی کثیر من هذه الفروع،،، و خلاصه التحقیق ما تقدم فی أمثال هذا الباب من ان الرد و التسلیم و الأخذ و القبض کلها مفاهیم عرفیه فالمرجع فی تعیین مصادیقها الی العرف و ما یشک العرف فیه أو لم یعرف حاله عندهم فالمرجع إلی الأصول الموضوعیه فان لم یکن فالحکمیه نعم لا ریب فی ان الرد لا یتحقق بالتخلیه أو رفع الغاصب یده عن العین المغصوبه و نحو ذلک من المعانی السلبیه بل لا بدّ فی تحققه من معنی إیجابی فکما ان الغاصب لا یتحقق بمحض رفع

یـد المالـک عن حـاله و لـذا قـالوا لو منع المالـک عن إمساک دابته لم یتحقق الغصب فالرد الـذی هو نقیض الغصب و رافعه لا یتحقق بصـرف رفع الغـاصب یـده عن العین المغصوبه و کمـا لا ـ بـد فی تحقق الغصب من الاستیلاـء علی مال الغیر فکـذلک لا یحصل الرد حتی یحقق استیلاء المالک علی ماله المغصوب فلو أرسل الغاصب الـدابه و نزع یـده منها لم یحصل رد ما لم یضـع لجامهـا فی یـد المالـک أو یلقیه بین یـدیه بـل لو وضـعها فی مربطهـا أو أدخلهـا فی بیت المالـک، أو وضع الثوب فی صـندوق المالـک و نحو ذلک کل ذلک لا یکون ردا و لا أقل من الشک فیستصـحب حکم الضـمان لو تلف و مما ذکرنا ظهر الخلل فی ماده (۸۹۳) إذا وضع الغاصب عین المغصوب امام صاحبه بصوره یقـدر علی أخذه فیکون قد رد المغصوب و ان لم یوجد قبض فی الحقیقه و جعلوا هذا ردا حکیما و مع القبض ردا حقیقیا و ان الفرق بینهما ما ذکرته المجله بقولها:

اما لو تلف المغصوب و وضع الغاصب قیمته قدام صاحبه بتلک الصوره فلا یبرأ ما لم یوجد قبض فی الحقیقه.

و علل هذا بعض الشراح بان دفع القیمه مبادله و هی لا تکون الا برضی الطرفین بخلاف ما لو دفع العین فإنها عین حقه،،، و أنت خبیر بضـعف هذا التعلیل بل فساده فإن المبادله لو کانت اختیاریه لاحتاجت إلی رضـی الطرفین اما لو کانت قهریه بحکم الشارع و مصـادقه العرف فلاـ حاجه الی الرضا، و توضـیحه ان الشارع لما جعل المثل أو القیمه بـدلا عن العین التالفه لزم ان یترتب علی البدل جمیع آثار المبدل فکما ان الغاصب لو دفع العین

خرج من عهده الضـمان قهرا على المالک رضـی أو لم یرض فکذلک لو دفع البدل الذی جعله الشـرع و العرف بمنزله العین (و ببیـان) آخر ان الوضع قـدام المالـک ان کـان من مصادیق الرد عرفا فهو یکفی فی القیمه کما یکفی فی العین و ان لم یکن منها فلا یکفی فی المقامین فالتفصـیل لا وجه له أصـلا و هذا هو الوجه فی ماده «۸۹۴» لو سـلم الغاصب فان دفعه فی محل مخوف لا یتحقق معه الاستیلاء التام فلا یتحقق الرد المسـقط للضـمان نعم لو قبضه و رضـی فقد أسـقط حقه و هذا مطرد فی جمیع الحقوق التی فی الذمم و الأعیان من الدین و السلف و الکفاله و غیرها.

ماده (۸۹۵) إذا اعطی الغاصب،،، الرجوع الی الحاکم علی الظاهر

لا ـ حاجه له الا إذا لم یمکنه ان یضـعه بین یـدیه أو یلقیه علیه فی محل الأمن فهناک اما ان یـدفعه الی الحاکم فیبرأ أو یطلب منه إحضاره فیلزمه بأخذه.

ماده (۸۹۶) إذا کان المغصوب منه صبیا و رد الغاصب إلیه

فإن کان ممیزا و أهلا لحفظ المال یصـح الرد و إلا فلا الرد إلی ولی الصـغیر الغیر البالغ مطلقا اولی و أحوط و لا یصـح الدفع الا للبالغ الرشـید اما النائم فإن غصب منه حال نومه کما لو أخـذ خفه أو رداءه أو انتزع من إصـبعه خاتمه فقـد أجاز أبو یوسف رده إلیه فی ذلک النوم فلو رده فی نومه الثانی بعـد انتباهه لم یخرج من الضـمان و اشترط الشـیبانی وحـده المجلس لا وحده النوم و الأصح أنه بوضع یده علی مال غیره

صار ضامنا و لا يسقط الا بالقدر المتيقن من الرد و هو رده فى يقظته.

ماده (۸۹۷) إذا كان المغصوب فاكهه فتغيرت عند الغاصب

اشاره

كان يبست فصاحبه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا و ان شاء ضمنه، تغير المغصوب عند الغاصب له ثلاث حالات.

(الاولى)

ان تتغير الـذات و الحقيقه النوعيه و له صورتـان (أولاهمـا) أن تتغير الـذات بالانقلاب كانقلاب الخمر خلا و الحيوان ملحا أو الخشب فحما (ثانيهما) تغيره بالنشو و النمو كصيروره الحب زرعا و النطفه حيوانا.

(الثانيه)

ان لا تتغير الـذات بـل تتغير العوارض و الصـفات و له (صورتـان) أيضـا فإن تغير الوصف اما ان يكون مع بقاء الاسم كصـيروره الثوب الأبيض أسود و الأصـفر أحمر و هكـذا أو يتبـدل الاسم أيضا كصـيروره القمـح دقيقا و الـدقيق خبزا و منه صـيروره قطعه القماش بالقطع و الخياطه قميصا أو قباء.

(الثالثه)

ان يتغير الامتزاج مع غيره فـان اسـتهلك فى المزيـج فهو تلف و الا فاما ان يمكن تمييزه و عزله أولا و على الثانى فاما ان يمتزج بالمساوى أو الأعلى و الأدنى.

أما تغير الـذات بالانقلاب فان عده العرف تلفا فلا اشـكال و يجرى عليه ما سـبق من احكام التلف و الا فالمالك مخير بين أخذه أو أخذ المثل

أو القيمه و يبقى المال للغاصب.

و اما تغيرها بالنشو و النمو كما لو غصب حبا فزرعه.

فالزرع دائما لصاحب البذر و كذلك الحيوان لصاحب النطفه و لصاحب الأرض و العامل الأجره اما إذا كان العامل هو الغاصب فلا اجره له و كذلك لو زرعها فى أرضه نعم للمالك ان يترك الزرع للغاصب و يطالبه بالمثل أو القيمه من جهه التغيير و اما تغيير العوارض و الصفات ففيه صور كثيره يجمعها ثلاثه عناوين فإنها اما زياده أو نقيصه أو فصل و وصل و الزياده اما زياده عين كما لو خاط الغاصب الثوب بخيوطه و صبغه بصبغه حيث يكون الصبغ جسما لا عرضا و اما زياده وصف محض كما لو علم العبد الكتابه أو ساوى الأرض أو أقام السيف المعوج و هكذا، اما زياده العين فقد اتفقوا ظاهرا على ان الواجب على الغاصب انتزعها فان عابت أو تلفت فلا غرامه له لانه هو المسبب على نفسه و ان عابت العين المغصوبه وجب عليه التدارك لمالكها و للمالك ان يأخذها و يدفع قيمه العين الزائده من خيوط أو صبغ أو غيرهما و لكن للغاصب ان يمتنع و ينتزعها إذا شاء هذا مع إمكان الانتزاع اما مع عدمه كما فى الصبغ و نحوه من كتابه و رسم و نظائرها فالمالك مخير بين أخذها و دفع قيمه الزياده للغاصب و بين أخذ المثل أو القيمه و بين بيع العين و يأخذ كل من الغاصب و المغصوب منه حقه بالنسبه، و يمكن ان يقال ان الصبغ ان كان عينا و لها جرم فإن أمكن نزعها تعين و الا فلا حق للغاصب لأنها من قبيل الأوصاف نعم لو أنقصت فعليه أرش النقص فليتأمل، اما

زیاده الوصف المحض کتعلیم الکتابه أو تمرین الدابه أو تسویه الأرض فلا یضمنه المغصوب منه و ان زادت به القیمه أضعافا لأن الأوصاف عندهم لا تقابل بالأثمان و ان زادت بها الأثمان و لکنهم قالوا لو زادت قیمه المغصوب بفعل الغاصب فلا شی ء علیه و لا له الا ان تکون عینا فان تم الاتفاق علی هذا فهو و الا فلا یخلو من نظر، و اما النقیصه فإن کانت عینا فهی من نقص الاجزاء و المتفق علی ضمانها قولا واحدا و ان کانت وصفا محضا کما لو اعوج السیف عند الغاصب و نسی العبد الکتابه و أمثال ذلک فظاهرهم الاتفاق علی انها مضمونه بالأرش کالأجزاء مع انهم فی زیادتها قالوا بعدم الضمان لأنها لا تقابل بالاعواض و العله مطرده و وجه الفرق یحتاج الی مزید تأمل،،، و مما ذکر یعلم حال الفصل و الوصل کما لو قطع أو حاک الغزل فان نقصت القیمه ضمن الغاصب النقیصه و ان ساوت أو زادت فلا شی ء له و لا علیه و اما التغییر بالامتزاج فإن أمکن التمییز فلا اشکال و الا فلا یخلو اما ان یمتزج بالمساوی أو بالأعلی أو بالأدنی فإن کان المساوی فالقسمه و یأخذ کل واحد حقه أو یبقی علی الشرکه عینا لا قیمه و کذا قالوا فی امتزاجه بالأعلی لأن الزیاده الحاصله صفه حصلت بفعل الغاصب عدوانا فلا یسقط حق المالک مع بقاء عین ماله کما لو صاغ النقره و علف الدابه فسمنت و فیه نظر لا یخفی و القول بالانتقال الی المثل أو القیمه أقرب الی الصواب لانه جمیع بین الحقین کما لو مزجه بالأدنی و لم یمکن التمییز هذا تمام الکلام فی أنواع التغییر و حکم کل نوع منها و منه یظهر الخلل الواسع فی مواد المجله کما نشیر إلیه فی کل

ماده حسب ما يأتى ففى هذه الماده (٨٩٧) الحكم بالخيار غير متجه بل ليس له الا عين ماله فان نقصت قيمته باليبس أخذ الأرش و الا فله العين بلا ضميمه و لا فرق بين ان يكون اليبس بفعل الغاصب أو بفعل غيره أو بسبب سماوى كما لو جفف العنب فصار زبيبا أو جف لحراره الهواء و من الغريب قول بعض الشراح انه لو جفف الغاصب العنب ملكه و ينقطع منه ملك المغصوب منه) فإنه حكم جزافى لا وجه له كما لا وجه للخيار فى ماده (٨٩٨) إذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزياده شى ء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير ان شاء أعطى قيمه الزياده و استرد المغصوب عينا و ان شاء ضمنه مثلا لو كان المغصوب ثوبا و كان قد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمن الثوب و ان شاء أعطى قيمه الصبغ و استرد الثوب عينا،،، بل الأصح التفصيل فان كانت الزياده عينا و أمكن نزعها كالخيوط تعين الى ان يتراضيا فيدفع المالك قيمه الزياده و يأخذ العين و ان لم يمكن فان نقصت القيمه ضمن الغاصب النقيصه و إلا أخذ المالك العين و لا شى ء للغاصب و لا عليه و لا فرق فى ذلك بين الصبغ و غيره من أنواع الزياده.

ماده (٨٩٩) إذا غير الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامنا و يكون له المال المغصوب.

عرفت ان تبدل الاسم لا اثر له و انما المدار على انقلاب الذات أو تبدل الصفات فمن غصب حنطه و طحنها فان الدقيق و ان اختلف مع الحنطه بالاسم و لكن الحقيقه واحده و أكثر الخواص فيهما متساويه و كذا

لو غصبه عنبا فصار زبيبا أو رطبا فصار تمرا أو دبسا و المرجع فى أمثال ذلک الى زياده القيمه و نقصها فان نقصت رد العين مع الأرش و ان زادت أو ساوت أخذها بلا شى ء كل ذلک لان عينه موجوده و انما تغيرت العوارض و الصفات و تغير الاسم لا يوجب تغير الحقيقه و لعل من هذا القبيل ما لو غصب شاه و ذبحها، و فروع هذا الأصل كثيره لا تحصى و لكن تمييزها عن غيرها يحتاج الى لطف قريحه و على ما ذكرنا فلا وجه لقول المجله: مثلا لو كان قد غصب الآخر،، و كذا لا صحه لقولها و من غصب حنطه غيره و زرعها فى أرضه يكون ضامنا للحنطه و المحصول له بل الحق ان الزرع لصاحب الحنطه و له اجره الأرض على تأمل فى استحقاقه أجره الأرض و العمل بل هو من قبيل ما لو علف الدابه فسمنت و استحقاق الأجره فى المقامين يحتاج الى مزيد تأمل أما رجوع الزرع الى صاحب الحنطه فمما لا ينبغى الإشكال فيه للقاعده المسلمه على الظاهر شرعا و عرفا فى ان الزرع لصاحب البذر و توهم ان زرع الحنطه إتلاف للحنطه توهم فاسد جدا بل الحنطه قد نمت و اتسعت لا أنها عدمت و وجد الزرع من شى ء آخر و بالجمله ليس المقام مقام إيجاد و إعدام اى إعدام حقيقه و إيجاد حقيقه أخرى بل تلک الحقيقه ارتقت و صعدت فى صراط الحركه حب و زرع ثم زرع و حب و هكذا فتدبره جيدا و ان كان واضحا نعم من الصحيح المحكم قولها.

ماده «۹۰۰» إذا تناقص سعر المغصوب و قيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ان لا يقبله الى آخرها».

فان الغاصب إذا رد العين لصاحبها و لم ينقص جزء من اجزائها و لا تغير وصف من أوصافها سوى ان قيمتها السوقيه نزلت لم يكن عليه ضمان نقصان القيمه السوقيه لأنه رد عين ماله إليه بحاله و زياده السوق أمر اعتيادى ليس بشى ء مضمون و هذا على الظاهر متفق عليه بين الفريقين و تفاوت الرغبات شئون خارجيه و جهات اعتباريه تحدث و نزول فى نفوس البشر بمشيئه اللّه جل شأنه و تصرفه فى الأكوان، نعم لو كان نقص القيمه بسبب استعمال الغاصب لزمه الضمان قطعا لانه يعود الى نقص جزء أو وصف فى العين و لو وصفا اعتباريا ككونه جديدا أو غير مستعمل كما ذكره فى المجله فضلا عما ذكرته بقولها مثلا إذا ضعف الحيوان.

ثم لا وجه للتفصيل فى قضيه شق الثوب بين ربع قيمه المغصوب و بين ما لو كان فاحشا الذى نوهت عنه بقولها كذلك إذا شق الثوب.

و قد عرفت ان عين ماله موجود لم ينعدم و القاعده العامه انه كما كان عين المال موجودا فالحكم رده بعينه غايته انه إذا تغير وصفه تغيرا يوجب نقص قيمته تدارك الغاصب النقص و الا فلا شى ء عليه و ما ذكرته المجله من التفاصيل حكم جزافى عار عن الدليل.

ماده «۹۰۱» الحال الذى هو مساو للغصب فى إزاله التصرف حكما يعد من قبيل الغصب

كما ان المستودع إذا أنكر الوديعه يكون فى حكم الغاصب و بعد الإنكار لو تلفت يكون ضامنا،،

قد عرفت ان الغصب لا أثر له أصلا فی باب الضمانات و انما یدور الضمان و عدمه مدار وضع الید ای استیلاء علی مال الغیر بدون اذنه سواء کان غصبا أو غیره و هذا أحد موارد الید فان الید فی الودیعه و ان کانت غیر ضمانیه للأمانه و لکن بالإنکار خرجت عن الائتمان فجاء الضمان سواء تحقق عنوان الغصب هنا أم لا إذ لیس مدار الضمان علیه کما عرفت.

ماده «۹۰۲» لو خرج ملک أحد من یده بانهدام جبل بما علیه الی آخره.

من الواضح ان هذا النوع و نظائره خارج عن باب الغصب و لا دخل له به أصلا، بل سقوط الأعلی علی الأسفل ان کان بقصد من صاحبه فهو إتلاف و ضامن للأسفل لا غیر و ان لم یکن بقصد بل ألقته العواصف فهو غیر ضامن أصلا بل قضاء من اللّه تعالی أوجبه ضرر الطرفین فلا یضمن أحدهما للآخر فما أدری این مورد الضمان فی هذا الفرع بل مقتضی القاعده ان السقوط إذا کان بغیر قصد تبقی الأرض العلیا ملکا للأول و لا یغرم الأسفل له شیئا کما لا یغرم الأعلی له شیئا نعم فی مثال اللؤلؤ و الدجاجه یتعارض الضرران و مقتضی قاعده ازاله الأشد بالأخف و الجمع بین الحقین ان یغرم صاحب اللؤلؤ لصاحب الدجاجه اما مع التساوی فاما القرعه أو ترجیح الحاکم بمراعاه الجهات الخارجیه من فقر و غیره و هذا إذا لم یمکن بیعهما و قسمه المال بینهما بالنسبه و لو بذبح الدجاجه و بیعها بعد إخراج اللؤلؤه و الا تعین کما هو واضح

ماده «٩٠٣» زوائد المغصوب لصاحبه.

هذا مما لا اشكال فيه عند فقهاء الإماميه أجمع بل يضمن حتى المنافع الاعتباريه التى لا عين لها كسكنى الدار و لبس الثوب اما المنافع الغير مستوفاه كما لو غصب الدار و لم يسكنها أحد ففيها خلاف و أقوال كثيره كضمان منافع الحر و الحق عندنا فيها التفصيل فان صدق التفويت ضمن و الا فلا ثم لا فرق عند أصحابنا فى المنافع بين المغصوب مع العين أو المتولد منها فى يد الغاصب كما لا ـ فرق فى ضمانها على الغاصب بين ما استهلكه أو تلف بغير تعد و لا تفريط و يظهر من المجله انه لا يضمن المنافع المنفصله إلا إذا استهلكها اما لو تلفت تلفا سماويا فلا ضمان و مقتضى قاعده اليد و ان النماء يتبع الأصل هو الضمان مطلقا فالتفصيل لا وجه له و هو تفصيل بلا دليل كما ان قاعده (الخروج بالضمان) على مذهب الحنفى من ان ضمان العين و المنافع لا يجتمعان يقتضى عدم الفرق فى رفع الضمان بين ضمان المنافع المنفصله و المتصله العينيه و الاعتباريه مع التلف أو الإتلاف و لازم هذا لو غصب الدابه فاولدت فباع الفلو أو استهلكه لا ضمان عليه و هو غريب و إباحه لأموال الناس بغير سبب صحيح و لا ـ أظنهم يلتزمون به فى المنفصله و ان صرحوا به فى المنافع التى لا عين لها كسكنى الدار و لبس الثوب و ركوب الدابه، بقى الكلام فى المنافع المتصله كسمن الدابه و نحوه لو أتلفها الغاصب أو تلفت عنده فقد نقلوا عن أبى يوسف و الشيبانى و عن أبى حنيفه عدم الضمان و القول الأول أقوى و ان ظهر من بعض أصحابنا عدم الضمان بناء على ان الأوصاف لا تقابل بالأعواض

و هو على إطلاقه محل نظر أما قضيه النحل و العسل فالقاعده الكليه المطرده فى باب الطيور الأهليه بل و سائر الحيوانات ان صاحب الدار و البستان و نحوها إذا بنى وكرا أو عشا للطيور تأوى إليه فقد دخلت فى حيازته و صارت هى و بيضها و فراخها ملكا له و إذا بنت هى عشا لها من القش و نحوه فى بعض زوايا داره و أشجار بستانه فصيرورتها فى حيازته و ملكا له بمجرد ذلك محل نظر بل الظاهر بقاؤها على الإباحه يملكها كل من صادها و من ذلك الحمام و النحل و غيرهما، فقول المجله و كذلك لو اغتصب الى الآخر يبتنى على ما إذا بنى روضه تأوى إليها لا مطلقا و كذلك ما فى ماده «۹۰۴» عسل النحل الى الآخر،،، مقيد بما ذكرنا و الإطلاق غير متجه فتدبر.

الفصل الثانى فى (بيان المسائل المتعلقه بغصب العقار)

ماده «۹۰۵» المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب رده،،،

هذا الحكم لا يختص بالعقار بل كل عين مغصوبه يلزم ردها و فى التعبير بنقصان القيمه تسامح بل الاولى ان يقال لو نقصت القيمه لنقصان

العين اما نقصان القيمه السوقيه مع بقاء العين على حالها فقد عرفت ان الأشهر بل لعل الاتفاق على عدم ضمانها.

ماده «۹۰۶» ان كان المغصوب أرضا و أشاد الغاصب عليها بناء أو غرس أشجارا،،،

هـذه أيضا عامه فى كل مغصوب أحدث الغاصب زياده فيه و بالجمله فإن العقار لا يختلف عن غيره من الأعيان من حيث الحكم نعم يختلف عنهـا فى بعض جهـات الموضوع فـإن الأـرض مثلاـ لاـ يمكن ان يعرضـها التلف الحقيقى أصـلا بـل يعرضـها التلف الحكمى كما لو غمرتها المياه أو انقطع عنها الماء فلا يمكن الانتفاع بها أو صارت سـباخا لا تصلح للزرع و أمثال ذلك و هذا لا يفرده عن غيره من الأعيـان التـالفه حكمـا بـل الحكم فى الجميع واحـد و هو الرجوع عنـد التلف الحكمى إلى المثل أو القيمه و الغـالب فى الأراضـى أنهـا قيميه كـالحيوان،،، فالعقـار كغيره يجرى فيه الغصب و تلحقه احكامه و لكن حكى بعض الشـراح عن الشـيخين و أحسبه يعنى أبا حنيفه و أبا يوسف عـدم جريان الغصب فيه و صار عندهـم من القواعد المقرره- ان العقار لا يغصـب لاـنه لا ينقل و لا يحول من مكانه فلا تزال اليـد فيه كالأعيان التى تؤخـذ من صاحبها بفعل يحـدثه الفاعل فى العين اما العقارات فتؤخذ من صاحبها يفعل يحدثه الفاعل فى الملك الى ان قال: لذلك إذا أبعد رجل آخر من داره أو منعه من دخولها و تلفت لا يضـمن و كان (المجله) جرت على ذلك بقولها: و إذا طرأ على قيمه ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب و فعله يضمن قيمته، فان التقييد بفعل الغاصب إشاره الى ان

الضـمان ضـمان إتلاف لا ـ ضـمان يـد و غصب فلو تلفت تلفا سـماويا لم يضـمن و لا أظن أن وهن هـذا الكلام يخفى على ذى مسـكه، و ليت شـعرى من الذى اشترط فى حقيقه الغاصب النقل و التحويل و هل الغصب الا الاستيلاء كما قلنا أو أخذ مال الغير و ضـبطه بـدون اذنه كما ذكرته المجله فى صدر كتاب الغصب و أى أخذ أقوى من الاستيلاء على ارض الغير و منع المالك من التصـرف فيهـا، و بـالجمله فهـذا القول اعنى عـدم ضـمان العقار بالتلف ثقل لا عصاره له و شـبح لا روح فيه و خالفهم فى ذلك الشافعى و الشـيبانى و صارا الى ما هو الحق عندنا من التحقيق و الغريب ان القائلين بأن العقار لا يغصب اى لا يضـمن اسـتثنوا من ذلك موارد منها عقار الوقف و عقار اليتيم و العقار المسـتعد للاستغلال و كل هذه الأمور المستثنى و المستثنى منه أحكام كيفيه مـا انزل اللّه بها من سـلطان و لا تسـتند الى دليل فان كان العقار لا يتحقق فيه الغصب بطبيعته و لا يتعلق به ضـمان اليـد فما معنى اسـتثناء هذه الأمور و لما ذا يجب الضمان فيها دون غيرها فانظر و أعجب،،، ثم انهم ذكروا فى ثمره الخلاف فى الضمان و عدمه أمرين زوائد المغصوب فإنها مضـمونه عند الشافعى و غير مضـمونه عند الحنفى،، و ما لو باع الغاصب الدار ثم أقر بأنها غصب و لم يتمكن المغصوب منه المقر له من اقامه البينه على انها له لا يضمن الغاصب المقر شيئا و لا يؤخذ بإقراره.

و هـذا لو تم فليس هو من جهه ان العقار لا يغصب و لكن من جهه ان الإقرار بعـد البيع يشـبه ان يكون إقرارا فى حق الغير أو فى مال الغير

فيلغو و يحتاج إلى البينه.

(اما قول المجله) و ان كان القلع مضـرا ضـررا فاحشا فللمغصوب منه ان يعطى قيمه مستحق القلع و يضبطه، ففيه ان فاحش الضرر ليس له هنا اثر فان المغصوب منعه يجوز له دفع قيمه الغرس أو البناء سواء كان فى قلعها ضـرر أم لا و سواء كان الضرر فاحشا أو غير فاحش و لكن برضا الغاصب فان تراضـيا فهو و الا فلا حق لأحـدهما أن يجبر الآخر على أخذ القيمه عن ماله فتدبره، و حيث اتضـح ان سـبب الضـمان فى الغصب هو قاعده اليد و هى لا تناط بعلم و لا جهل و انما أثر العلم هو الحرمه التكليفيه لا غير- إذا فلا وجه لقول المجله هنا: و لكن لو كانت- الأشـجار و البناء أزيد من قيمه الأرض إلى الآخر .. فان زعم السبب الشرعى و تخيل ان الأرض له أو لمورثه لا يغير الحكم الواقعى،،، و الأحكام الوصـفيه ثابته فى عامه الأحوال فلو قطع إنسان بأن هـذا الثوب ملكه فلبسه حتى أبلاه ثم ظهر انه لغيره ضمنه كما لو كان عالما و لو بنى فى عرصه الغير أو غرس غرسا يلزم عليه قلعه و تسليم العرصه لصاحبها خاليه كما كانت سواء كان الغرس أزيد من قيمه الأرض أو أقل الا ان يتراضـيا اما التزام البانى غاصبا كان أو مشتبها اى عالمـا كـان أو جاهلاـ لصـاحب الأـرض بأخـذ القيمه فهو حكم جزافى و مخـالف لعـامه الأصول و القواعـد أيضا و لا مجال هنا لقاعـده الضـرر لانه هو الـذى أضـر نفسه و لو بجهله بل لو اسـتوجب القلع نقصا فى قيمه الأرض لزمه التدارك لصاحب الأرض كما نبهت المجله عليه فى ماده (۹۰۷) لو غصب أحد عرصه آخر ..

اما قولها و كـذلك لو زرع أحد مسـتقلا العرصه فحق التعبير لفظا و معنى ان تقول لو زرع الشـريك الأرض المشتركه بدون اذن شريكه فالزرع للزارع و يضمن لشريكه أجره الأرض مع قيمه نقصانها لو نقصت، و لا يختلف الحال بين كون الشريك حاضرا أو غائبا و سواء أخذ حصـته من الأرض بالقسمه أو بقيت مشاعه و جميع تلك القيود مستدركه- ماده (۹۰۸) إذا كرب أحد،،، تقدم ان كـل عمـل يعمله الغاصب فى العين المغصوبه فإن نقصت به قيمه العين ضـمن النقيصه و الا فلا له و لا عليه سواء زادت القيمه أم لا ماده [۹۰۹] واضحه.

الفصل الثالث فى (بيان حكم غاصب الغاصب)

ماده (۹۱۰) غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب.

هذا باب توارد الأيادى على العين الواحده و من المتفق عليه كما لعله سـبق ان المالك مخير فى الرجوع على أيهم شاء و لكن لو رجع على من تلفت العين فى يده لم يكن له رجوع على غيره ممن وقعت العين فى

يده اما لو رجع على غيره منهم كان له الرجوع على الذى تلفت عنده لان قرار الضمان عليه، و من احكام توارد الأيادى انه ليس لمن أخذ العين من الغاصب ان يردها عليه و لو ردها عليه فعل حراما و لم يبرأ من الضمان بل للمالك ان يرجع عليه و يطالبه بها غايته ان له حق الرجوع على الغاصب الذى دفع له العين و لو تلفت كان للمالك الرجوع عليه و على غيره مخيرا بينهم و قرار الضمان على من كان التلف عنده و من هنا ظهر عدم صحه ماده (٩١١) إذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الأول يبرأ وحده و إذا رده الى المغصوب منه يبرأ هو و الأول.

فإنه إذا ردها الى الغاصب الأول لا يبرأ هو و لا الغاصب الأول بل يلزمه ردها الى المالك أو وكيله و الا فإلى حاكم الشرع بعد تعذر ذلك

الباب الثانی فی (بیان الإتلاف

اشاره

و یحتوی علی أربعه فصول)

الفصل الأول فی (مباشره الإتلاف)

ماده (۹۱۲) إذا أتلف أحد مال غیره الذی هو فی یده أو فی ید أمینه قصدا أو من غیر قصد یضمن.

عرفت فیما سبق ان أسباب الضمان اعنی کون مال شخص فی عهده آخر- کثیره (أولها) و أقواها وضع الید علی مال الغیر ای الاستیلاء علیه بغیر اذن الشارع و لا المالک و الغصب أحد فروع الید (و الثانی) من أسباب الضمان الإتلاف ای إتلاف شخص مال غیره بغیر اذنه و هذا القید کان یلزم علی المجله ذکره اما قید (الذی فی یده أو فی ید أمینه) فهو مستدرک بل یلزم حذفه فإن إتلاف مال الغیر

سواء كان فى يده اى يد الغير أو فى يد أمينه أو لم يكن فى يد أحدهما أو لا يد عليه لأحد كالضايع أو فى يد الغاصب كل ذلك مضمون على المتلف إلا إذا أتلف بإذن المالك و من هنا يتضح لك ان النسبه بين اليد الموجبه للضمان و الإتلاف الموجب له عموم من وجه يجتمعان فى الغاصب إذا أتلف و تنفك اليد عن الإتلاف فى التلف السماوى و ينفك عنها فيما لو أتلف مال الغير و هو فى يده أو فى يد آخر غصبا أو غير غصب فالمتلف ضامن و عليه قرار الضمان و ان كان المال فى يد الغاصب.

ثم ان الإتلاف عند الفقهاء نوعان مباشره و تسبيب فالأول كأكل الطعام و الثانى كحفر البئر و لكن يظهر بأدنى تأمل ان جميع أنواع الإتلاف تسبيب غايته ان السبب تاره قريب فيسمى مباشره كالمثال الأول، و بعيد فيسمى تسبيب كالثانى و على كل حال فالجميع موجب للضمان و الملاك صحه إسناد الإتلاف إليه عرفا و لذا قالوا ان المباشر أقوى من السبب إلا فى مواضع فان السبب يكون أقوى و ذلك لضعف اسناد الفعل الى المباشر و قوه إسناده إلى السبب فالأمر يدور مدار صحه الاسناد و قوته و من الأصول المقرره فى الإتلاف عدم الفرق بين القصد و عدم القصد و العلم و الجهل و البلوغ و عدم البلوغ و العقل و الجنون كما هو شأن عامه الأحكام الوضعيه كل ذلك لعموم الدليل و هو (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) سواء كانت قاعده فقهيه أو حديثا نبويا نعم يعتبر عدم الإكراه فلو كان مكرها لم يكن

علیه ضـمان بل الضمان علی المکره بالکسر لأن السبب هنا أقوی من المباشر و مثله الصبی الغیر الممیز لو أمره الکبیر فان الصغیر حینئذ کالآله لا ضـمان علیه و السـبب أقوی و علیه الضمان،،، و مما یتفرع علی الضمان مع عدم القصد و العمد ما ذکرته المجله (۹۱۳) إذا زلق أحد و سـقط علی مال آخر و أتلفه یضمن و ماده «۹۱۴» إذا أتلف مال غیره،،، و من قبیل العمـد- ماده «۹۱۵» أما قولها: و لو تشبث بها و انشقت بجر صاحبها ضمن نصف القیمه.

یمکن منعه ضـروره ان السـبب هنـا أقوی من المباشـر و فی الحقیقه ان تمام السـبب هو التشـبث و لولاه لما حصل الجر الموجب للشق و کـذلک بل أوضـح منه ما لو جلس أحـد علی أذیال ثیاب و نهض صاحبها، فان عـدم علم صاحبها بجلوس الآخر یسـقط نسبه الفعل الیه و یصحح نسبه الفعل تماما الی الجالس علی الثیاب أما الذی نهض و هو لا یعلم فهو فی هذا المقام کالآله الصماء و هو من أظهر فروع قاعده السبب أقوی من المباشر فما وجه سقوط نصف القیمه عنه و التلف مستند الیه تماما.

ماده «۹۱۶» إذا أتلف صبی مال غیره.

واضحه کوضوح ماده «۹۱۷» لو اطرأ أحد علی مال غیره کالحانوت و الخان.

ماده (۹۱۸) إذا هدم أحد عقار غیره بدون حق فصاحبه مخیر ان شاء ترک،،،

یمکن الخدشه فیها فان ذلک الهدم ان کان بحیث یعد فی نظر العرف تلفا و إتلافا للحانوت أو الخان فاللازم المثل

أو القيمه و ان كان نقصا تعين أخذ الأرش و لا وجه للتخيير نعم لا إشكال فى صحه قول المجله: و لكن إذا نبأه الغاصب كالأول فيبرأ من الضمان

ماده (۹۱۹) لو هدم أحد دارا بلا إذن لأجل وقوع حريق فى المحله

و انقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بأمر اولى الأمر لا يلزم الضمان و الا لزم الضمان، هذا من موارد قاعده وجوب دفع الأشد بالأخف التى مر ذكرها فى القواعد العامه فى الجزء الأول فإن هدم الدار التى نشأ فيها الحريق خوف السرايه إلى دور اخرى واجب كفائى على كل من شاهد النار و بالأخص على أهل الدار التى فيها الحريق فان لم يفعلوا فعلى الدور الأخرى و إذا هدمها أولئك لدفع الضرر عنهم لانه ضرر أعظم من ضرر صاحب الدار- لا ضمان عليهم لأن إتلافها للدار كان بإذن شرعى، و يمكن المناقشه بأن القدر المتيقن انهم مأذونون بالهدم اما ان الاذن بغير ضمان فغير معلوم فلعله من قبيل أكل مال الغير عند المخمصه فإن الجائع الذى يخاف على نفسه التلف مأذون بالأكل و لكن مع دفع القيمه إلى المالك فلما ذا لا يكون الحال هنا من هذا القبيل بل قاعده احترام مال المسلم تقتضى ذلك اللهم الا ان يقال انه هنا هو فى معرض التلف فلا حرمه له أو ان المتلف هنا محسن (و مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) و المسأله محتاجه إلى تأمل فليتأمل.

ماده (۹۲۰) لو قطع أحد الاثمار التى فى روضه غيره.

فيها من الكلام نظير ما مر فى ماده «۹۱۸»، ماده «۹۲۱» واضحه

الفصل الثانی فی (بیان الإتلاف تسبیبا)

ماده «۹۲۲» و هذا أیضا واضح و ان نسب الی بعض فقهاء الجمهور انه لا یضمن بمجرد فتح الباب

إلا- إذا صاح بالدابه لتخرج أو صقر للطائر کی یطیر و هو متجه إذا کان من شأنها و عادتها ان لا تخرج الا بذلک و انها یفتح الباب لا تخرج و لو اجتمع السببان یضمن باقواهما فلو فتح الباب رجل و حل قید الدابه آخر فشردت یضمن فاتح الباب لأن بحل القید مع بقاء الباب مغلقا لا تستطیع الدابه الفرار کذا قیل و هذا یختلف أیضا فقد یتفق ان حل القید أقوی فی تحقیق فرارها کما لو کان طائرا و فتح القفص أو کانت دابه قویه فتکسر الباب بعد حل القید فلیس هنا قاعده کلیه بل المرجع الی الخصوصیات المقامیه بنظر العرف و حکم الحاکم.

ماده «۹۲۳» لو جفلت دابه أحد.

قد یظن ان مستند هذا کون القصد و العمدیه شرطا فی الضمان بالسبب فلو حصل التلف بغیر قصد من المسبب لم یلزم الضمان فلو حلفت الدابه بمرور شخص من غیر قصد لم یضمن و لو قصد بمروره ان تجفل

أو صاح بها فاجفلها ضمن، و هذا اعنى اعتبار القصد غير مطرد ففى كثير من الموارد يحكمون بضمان السبب و ان لم يكن هناك قصد كما فى ماده (۹۲۴) يشترط التعدى فى كون التسبب موجبا للضمان على ما ذكر آنفا يعنى ضمان المسبب فى الضرر مشروط بعمله فعلا مفضيا الى ذلك الضرر بغير حق مثلا لو حفر أحد فى الطريق العام بئرا بلا إذن اولى الأمر و سقطت فيه دابه لآخر و تلفت يضمن و اما لو سقطت الدابه فى بئر كان قد حفره فى ملكه و تلفت لا يضمن.

فان وقوع الدابه لم يكن مقصود الحافر فى الصوره الأولى قطعا و مع ذلك يحكمون بضمانه و أوضح منه ما سيأتى فى ماده (۹۲۶) من وقوع الحمل من ظهر الحمال على مال الغير فيتلفه فقد حكمت المجله بالضمان و هو غير قاصد قطعا و غير مباشر ضروره فالمدار ما ذكرناه من مراجعه الحاكم فى القضايا الشخصيه فيرجع فيها الى العرف و الذوق و الوجدان و يستنبط حكمها من الأدله و هذه الموارد من الأمور الصعبه جدا و من مزالق الافهام لا الأقدام، و من هنا صار منصب القضاء و الحكم من أهم المناصب و القاضى على شفا- أيما إلى جنه أيما إلى نار، و من قضى فقد ذبح بغير سكين- بالبناء للفاعل أو المفعول- نسأله تعالى السداد و ان يمدنا بلطف منه و توفيق،، نعم لا إشكال فى ان العمل الذى يترتب عليه تلف مال الغير إذا كان مشروعا و لا تعدى فيه و لم يقصد به الإتلاف لا يكون موجبا للضمان فلو هدم إنسان جدار داره فانهدم جدار الجار لا يضمن لانه فعل مشروع لم يقصد به الإتلاف، و كذا إذا أوقد شخص فى سطح داره

نارا و لکن بقدر المعتاد فاتفق أن أطارت الریح شراره الی الحار فأحرقت شیئا منه لا یضمن نعم لو کان زائدا علی المتعارف فهو ضامن و ان لم یقصده و هذا مما یدل علی عدم اعتبار القصد فی الضمان و بهذا الملاک قضیه ضمان الحمال فإنه فعل مشروع و لم یقصد به الإتلاف قطعا و مع ذلک فقد حکموا علیه بالضمان کما سیأتی.

ماده «۹۲۵» لو فعل أحد فعلا یکون سببا،،

و هذا واضح فإن الأصل فی المباشر ان یکون أقوی من السبب و الیه یسند الفعل و علیه یکون الضمان و لذا لو أمر إنسان غیره بقتل شخص فقتله فالدیه أو القصاص علی القاتل لا علی الآمر و ان کان لم یقتله الا امتثالا لذلک الآمر، نعم یتفق کثیرا ان کون السبب أقوی من المباشر و لکن الأصل و الأکثر هو العکس.

الفصل الثالث (فیما یحدث فی الطریق العام)

اشاره

الطریق العام هو الجاده التی یسکنها الناس جمیعا من غیر اختصاص سواء کانت فی الصحاری و المفاوز أو فی المدن و القری أو فی الغیاض و الغابات أو فی الجبال و المغارات فتخصیص بعضهم لها بطرق المدن

و القرى لا وجه له.

ماده «۹۲۶» لكل أحد حق المرور من الطريق لكن بشرط السلامه

يعنى مقيد بشرط ان لا يضر غيره بالحالات التى يمكن التحرز منها، بناء عليه إذا سقط الذى على الحمال و أتلف مال أحد يكون ضامنا و كذا إذا أحرقت ثياب أحد مار فى الطريق الشراره التى طارت من دكان الحداد حين ضربه يضمن الحداد ثياب المار، فى هذه الماده مواقع للبحث و النظر اما «أولا» فإن حرمه إضرار الغير بالحالات التى يمكن التحرز منها حكم عام فى الطريق العام و فى غيره فلا محل لإقحامه هنا «و ثانيا» على فرض اختصاصه هنا فهو حكم تكليفى محض لا اثر له فى الضمان و عدمه كما لا اثر له فى حق المرور و عدمه يعنى ليس حق المرور مشروطا بالسلامه بحيث لو أضر لم يكن له حق المرور بل حق المرور ثابت لكل أحد على كل حال و لكن يحرم عليه ان يضر غيره و اما «ثالثا» و هو أشدها نقدا، و أسدها ردا، عدم صحه التفريع المزبور بمعنى ان حرمه الإضرار للغير لا يتفرع عليه قضيه ضمان الحمال فان ضمانه يتفرع و يبتنى على كونه مباشرا للتلف أو مسببا لا ان مروره مشروط بالسلامه و عدمها، و اما «رابعا» فقد عرفت ان هذا يوشك ان يكون تهافتا فى أحكام المجله فقد مر فى ماده «۹۲۳» ما يدل على اعتبار القصد و العمد فى ضمان التسبيب حتى صرح بعض بان المسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا و حينئذ فأى وجه لضمان الحمال هنا مع وضوح كونه غير متعمد و لا قاصد كما سبق بيانه و كذا إذا أحرقت شراره دكان الحداد فان اللازم عدم ضمانه بل عدم الضمان هنا أوضح فان الحداد جالس

فی دکانه و فی ملکه و مشغول بمهنته و طیران الشرر من لوازم صنعته فالواجب علی المار ان یتحرز لا علی الحداد ان یکتنز.

ماده «۹۲۷» فذلکه التحقیق فی هذا المقام ان ظاهر الفقهاء و لعله من الفریقین کما تشعر به هذه الماده بناؤهم ان التصرف المشروع

اما لکونه تصرفا فی ملکه أو لأنه مأذون من الشارع أو المالک إذا أوجب ضررا فأتلف مال غیره لا یکون ضامنا و لذا جعلوا البیع و الشراء أو وضع شی ء بإذن ولی الأمر فی الطریق العام إذا أوجب الضرر و الخسار لا یضمن و بدون الاذن یضمن،،، و قد مرت الإشاره أو التصریح منا بان ملاک الضمان و عدمه لیس مشروعیه التصرف و عدمها و انما المدار فیه علی صحه إسناد الضرر و التلف إلیه مباشره أو تسبیبا أو عدمه الا تری ان من أجج فی سطح داره نارا فان کان بمقدار الحاجه و علی المتعارف کما هم ذکروا لم یضمن إذا أحرقت شیئا فی دار جاره و ان کان زائدا علی المتعارف کان ضامنا مع ان کلا منهما جائز شرعا لصاحب الدار و الناس مسلطون علی أموالهم و لکن وجه الفرق بینهما انه فی الأول لا یعد عند العرف متلفا ای لا یسند التلف إلیه مباشره و لا- تسبیبا بخلاف الثانی فإنه یعد لتجاوزه عن قدر الحاجه هو المسبب للتلف و ان لم یکن قاصدا و لک ان تناقش فی ذلک فتقول بعدم الفرق بینهما و تحکم بالضمان فیهما أو عدم الضمان و لکن لو قلنا بالفرق فلیس هو الا ما ذکر، لا قضیه الجواز و عدمه فتدبره فی الأمثله و النظائر جیدا فإنه باب واسع کثیر الفروع اما ما ذکرته المجله بقولها: بناء علیه لو وضع أحد فی الطریق

العام حجاره.

فهى مسأله اخرى يتعرض لها فقهاؤنا فى باب المشتركات العامه من كتاب «احياء الموات» و هى جواز وضع شى ء فى الطرق العامه و الموضوع نوعان نوع ثابت كالاجنحه و الرواشن و النوافذ و الأبواب و نحوها و قد أجازه أرباب المذاهب و أصحابنا بجميع أنواعه حتى الرواشن المستوعبه عرض الطريق المسماه باللغه الدارجه «سوابيط» و ليس للطرف المقابل المنع و لكن الجميع مشروط بعدم الإضرار أو المزاحمه للماره فكأنه عندهم على الإباحه الأصليه فأجازوا كل تصرف لا يضر بالمرور و الاستطراق الذى هو حق الجميع، هذا فى الطرق النافذه أما المرفوعه فلها احكام أخرى مذكوره فى محلها و اما غير الثابته بجميع أنواعها أيضا من حجاره أو تراب أو غيره فقد أجازوه أيضا بذلك الشرط على تفاصيل مذكوره فى محلها أيضا و على الجواز فاللازم بناء على ان التصرف الجائز لا يوجب الضمان عدم الضمان هنا و دعوى انه مشروط بعدم الإضرار بالماره مدفوعه بأن المراد بعدم الإضرار نوعا لا اتفاقا فليتدبر، و بان الإضرار كما عرفت حرام تكليفى و حكم مستقل بنفسه لا دخل له بجواز التصرف و عدمه فان كل إنسان له حق المرور فى الطرق العامه و يجب عليه ان لا يضر الناس فى الطرق و فى غيرها.

«و الخلاصه» ان مشروعيه التصرف لا ترفع ضمان الضرر الحاصل من التصرف إذا استند الضرر اليه عرفا ضروره ان الاذن بالتصرف ليس معناه الاذن بالإضرار نعم ان لم يسند الضرر اليه فلا ضمان و على هذا

يبتنى ما ذكرته «المجله».

فى ماده (۹۲۸) لو سقط حائط و أورث غيره ضررا لا يلزم الضمان

و لكن مائلا إلى الانهـدام الى آخرها،، فان وجه الضـمان فى الأول دون الثانى هو صـحه إسـناد الضـرر اليه من جهه تماهله بعد التنبيه و عدم صحه الإسناد اليه مع الغفله و عدم التنبيه فليتدبر.

و يكفى فى التنبيه و التقـدم حصوله من كل أحد سواء من الجار الذى خشـى الضـرر أو من غيره و لا وجه لقول «المجله» و لكن يشترط ان المنبه من أصـحاب التقـدم و التنبيه فان المـدار ان يحصل له العلم و الإنذار كى تنقطع الحجه و المعذره بالجهل و هو واضح.

الفصل الرابع فى (جنابه الحيوان)

اشاره

من المعلوم ان الحيوان من حيث ذاته لاـ ضـمان عليه و لاـ يتعلق به اى حكم من الاحكـام فان كان هناك ضـمان أو حكم فعلى الإنسان الذى يناط به الحيوان بأحد الملابسات بان يكون مالكا له أو قائدا أو سائقا أو راكبا

و ان لم يكن مالكا و كل ذلک مبنى على الأصل الذى ذكرناه من قضيه صحه النسبه و الاسناد كما أشارت إليه المجله.

ماده «۹۲۹» الضرر الذى أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه،،،

و لعل اليه نظر النبوى المشهور «جرح العجماء جبار» فالحيوان إذا كان صاحبه معه و أحدث ضررا كان صاحبه ضامنا و نعنى بالصاحب الأعم من مالكه أو مستأجره أو مستعيره أو غير ذلک بل و حتى غاصبه فان صاحبه إذا كان معه و أهمل رعايته و لم يكبح جماحه استند الضرر اليه فلزمه الضمان كما نصت عليه «المجله» بقولها و لو استهلک حيوان مال أحد إلى الآخر.

و كان المراد باستهلاک الدابه ما لو أكلت طعام الغير و نحو ذلک و هذا أحد مصاديق الكلى و لا خصوصيه له فلو أضرت بمال الغير و لم يمنعها صاحبها و هو معها ضمن سواء استهلكت المال أم لا و ينبغى ان يحمل ماده (۹۳۰) لا يضمن صاحب الدابه التى أضرت بيديها أو ذيلها أو رجلها حال كونها فى ملكه راكبا كان أو لم يكن.

على ما إذا لم يكن عالما أو لم يكن قادرا و الا فلا وجه له لما فى ماده «۹۳۱» إذا أدخل أحد دابته فى ملک غيره باذنه لا يضمن جنايتها لما عرفت قريبا من ان الاذن بالتصرف ليس اذنا بالضرر فإذا دخل بدابته و أضرت بصاحب الدار و استند الضرر إلى إهماله ضمن سواء دخل بإذن أم بغير اذن بل لو كانت الدابه فى ملكه و أضرت بالغير من جهه إهماله ضمن بل و كذا لو انفلتت دابته و أضرت فإن كان بإهماله

و تقصيره ضمن و ان لم يكن انفلاتها بتقصيره فلا ضمان هكذا ينبغى بل يجب تحقيق المسائل و تحليلها و من هذا ينكشف أيضا

ماده «۹۳۲» لكل أحد حق المرور فى الطريق العام مع حيوانه بناء عليه،،،

فان كل أحد و ان كان له حق المرور و لكن ليس حق الإضرار و الخسار فيجب عليه التحرز حسب الإمكان بان لا يسوقها بعنف يوجب انتشار الطين و الغبار، فان تسامح فى ذلك فلوثت ثياب العابرين كان ضامنا كما يضمن الضرر و الخسار الذى يقع من مصادمتها أو لطمه يدها فى جميع الصور المذكوره أولا- و آخرا لا فرق بين بعض و بعض فتدبره جيدا، نعم ما هو خارج عن قدرته أو عن علمه يعذر فيه.

ماده «۹۳۳» بل هما اقدر على التحفظ من الراكب

فهما اولى من الراكب بالضمان لو تسامحا فى التحرز.

ماده «۹۳۴» ليس لأحد حق توقيف دابه أو ربطها فى الطريق العام.

هذا على إطلاقه ممنوع بل له ان يوقفها أو يربطها إذا كان الطريق واسعا كما فى شوارع أكثر المدن فى هذه الأعصار «و بالمجله» انما لا يجوز له ان يوقفها أو يربطها فى الطريق إذا كان فيه مزاحمه للعابرين اما إذا أمن من المزاحمه فلا مانع شرعا بل و عرفا فلو تعرضها أحد و أخذته و أتلفت عليه شيئا فلا ضمان على صاحبها لانه هو الجانى على نفسه.

ماده «۹۳۵» من سبب دابته فى الطريق العام يضمن الضرر الذى أحدثته.

و وجهه واضح لانه يكون هو السبب بتفريطه فى حفظها، و لا يبعد ان يلحق به من سيب ولده أو عبده و لا سيما إذا كانا مجنونين أو ضعيفى العقل لا يؤمن شرهما، و بهذا الملاك يضمن الراكب كما فى ماده (۹۳۶) لو داس الحيوان الذى كان راكبه أحد على شى ء بيده أو رجله الى آخرها.

و ماده «۹۳۷» لو كانت الدابه جموحا و لم يقدر الراكب على ضبطها و أضرت لا يلزم الضمان،

إذا كان الأمر فى مثلهن خارج عن قدرته و اختياره اما مع استطاعه حبسها و إهماله فهو ضامن.

ماده (۹۳۸) و هى واضحه كوضوح ما بعدها.

□
بسم اللّه الرحمن الرحيم

الكتاب التاسع فى (الحجر و الإكراه و الشفعه

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب)

المقدمه فی (الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالحجر)

الحجر:

لغه المنع و بهـذا الاعتبار أطلق علی العقل فی قوله تعالی (هَلْ فِی ذٰلِکَ قَسَمٌ لِذِی حِجْرٍ) و أمثالها لأنه یعقل و یمنع عن ارتکاب الرذیله و شرعا هو منع الإنسان عن التصرف لوصف فیه فیما له التصرف فیه لو لا ذلک الوصف و ذکر فقهاؤنا رضوان اللّه علیهم ان أسبابه «سته» الصغر و الجنون و السفه و الرق و مرض الموت و الفلس و ذکروا لکل منها حدودا و قیودا و أحکاما و المجله أرادت ذلک المعنی فی تعریفه و قصرت عبارتها عنه فی ماده (۹۴۱) الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولی،، و من الواضح ان المحجور ممنوع عن التصرف القولی و الفعلی معا

فکما لا یجوز صیغه البیع منه و لا اثر لها کذلک لا یجوز ان یدفع المبیع أو ان یعطی شیئا من أمواله معاوضه أو مجانا فالتقیید بالتصرف القولی لا وجه له کما لا فائده لقولها و یقال لذلک الشخص بعد الحجر محجور،

و مثلها ماده «۹۴۳»

الإذن:

هو فک الحجر و إسقاط المنع.

ثم شرعت المجله فی تعریف بعض أسباب الحجر کالصغیر و المجنون و السفیه و لو انها أو کانت تعیین مصادیق هذه المفاهیم الی العرف لکان أصح و أوضح،

أما تعریف الإکراه فی ماده «۹۴۸»

الإکراه:

اشاره

هو إجبار أحد علی ان یعمل عملا- بغیر حق من دون رضاه بالإخافه، فقید بغیر حق مستدرک إذ الإکراه معنی وحدانی و هو حمل الغیر علی عمل بغیر رضاه سواء کان بحق أو بغیر حق و حق التعبیر ان یقال:

و یقال لمن اجبر مکره و المجنون مکره بفتح الراء و کذلک العمل مکره علیه لینتظم النسق و تنسجم الفقرات.

و فی ماده (۹۴۹) الإکراه علی قسمین

(القسم الأول) هو الإکراه الملجئ الذی یکون بالضرب الشدید المؤدی الی إتلاف النفس (و الثانی) غیر المجی ء الذی یوجب الغم و الألم فقط بالضرب و الحبس،،، خلل و اضطراب أبعده عن الصواب فإن الإکراه الملجئ هو الحمل علی الفعل بغیر قصد من الفاعل کما لو أوجر الماء فی حلق الصائم أو أرکب إنسان غیره بان رفعه فوضعه علی الدابه و هکذا و القسم الثانی هو الذی یصدر الفعل بإراده الفاعل و لکن انبعاث الإراده و القصد وقعا دفعا للضرر و خوفا من التهدید و الوعید بالضرب الشدید أو غیره بإتلاف نفس أو قطع

عضوا و أخذ مال أو هتك عرض أو حبس و نحو ذلك، و مما يوجب الغم و الألم هنا ذكر الغم و الألم الذى لا ربط لهما بالمقام أصلا فتدبره عافاك اللّه فالملجئ يسلب الإراده و الرضى و غير الملجئ يسلب الرضى و طيب النفس دون الإراده و لكن الظاهر تساويهما فى أغلب الاحكام و قد يختلف نادرا ففى مثل الصوم لو أوجر فى حلقه لا قضاء عليه و لا كفاره و لكن لو أكره بالإكراه الغير الملجئ كان عليه القضاء دون الكفاره اما فى مثل الطلاق و البيع و سائر المعاملات فالظاهر عدم الصحه بالإكراه مطلقا، هكذا ينبغى تحقيق البحث و مثل هذا فى الضعف و الخور و الوهن و الخلل.

ماده «۹۵۰»

الشفعه:

هى تملك الملك المشترى بمقدار الثمن الذى اشتراه به المشترى.

و لا حاجه لهذا التعقيب فان أصح تعريف للشفعه ان يقال انها حق أخذ الشقص المبيع من المشترى بالثمن من الذى اشتراه به و الفرق بين التعريفين مثل الصبح واضح- فان التملك اثر ذلك الحق لا نفسه و الشريك له حق الشفعه و ان لم يتملك فتدبره، ثم ان درج الشفعه فى مدرج الحجر و الإكراه موضع لسؤال المناسبه لوضوح التباين بينهما و بينهما فإن الشفعه حق و الحجر و الإكراه منع من التصرف فى الحقوق و لعل المناسبه هى ان الشفيع يأخذ الشقص من المشترى كرها رضى أم أبى فناسب بهذا باب الإكراه و الحجر و الا فالشفعه حقيقه من شراشر البيع و شئونه و لذا لا تجرى فى غير البيع من عقود المعاوضات و غيرها كالصلح

و غيره كما سيأتى.

ثم ان من ماده (۹۵۱)- إلى ماده (۹۵۵)- و ماده (۹۵۶) «كلها واضحه غنيه عن البيان» اما الشرب الخاص فقد عرفه هنا بأنه حق شرب ماء الجارى المخصوص بالأشخاص المعدوده،، و عرفه فى اخريات الكتاب بأنه هو الانهر التى تتفرق مياهها و تقسم بين الشركاء و فى كلا- التعريفين نقص ظاهر و الأصح فى تعريفه انه الماء المملوك لشخص أو أشخاص مخصوصين فى مقابل الشرب العام و هو المباح لعامه الناس الذى لا يملكه أحد بعينه.

الباب الأول

[الفصل الأول]

ماده (٩٥٧) الصغير و المجنون و المعتوه محجورون.

الحجر نوعان نوع ذاتى يعنى بحسب أصل الشرع و جعل الشارع بلا واسطه، و نوع عرضى لا يتحقق إلا بواسطه حكم الحاكم و هؤلاء الثلاثه محجور عليهم بالحجر الذاتى لنقصهم الذاتى و اى نقص أعظم من نقص العقل عافاك اللّه «و من النوع الثانى» السفيه كما فى ماده (٩٥٨) للحاكم ان يحجر على السفيه و منه أيضا المفلس كما فى ماده (٩٥٩) للحاكم ان يحجر على المديون بطلب الغرماء و سيأتى تفاصيل كل من النوعين اما- ماده (٩٦٠) المحجورون الذين ذكروا فى المواد السابقه و لم يعتبر تصرفهم القولى لكن يضمنون الى الآخر،،، فهو حكم عام لكل محجور عليه لان الضمان حكم وضعى لا تكليفى حتى يختص بالبالغ العاقل بل كل من أتلف مال غيره فهو له ضامن حتى الصبى الغير المميز غايته ان المخاطب يدفع الغرامه وليه فيغرم من مال الصبى ان كان له مال و الا فلا غرامه و سقط الحق لعدم موضوعه.

ماده (٩٦١) إذا حجر السفيه و المديون من طرف الحاكم يلزم بيان سببه للناس،

الإعلان عن الحجر عليه كى لا يعامله الناس لو احتاج الى الحكم حسن أو لازم و لكن بيان السبب غير لازم بل

غير حسن أيضا،

ماده «۹۶۲» لا يشترط حضور من أريد حجره من طرف الحاكم و يصح حجره غيابا،،

لعل هـذا عنـد أرباب المذاهب اما عندنا فلا يتوقف أصـلا على حكم الحاكم بل كل شـخص يعرف السـفيه من غيره و إذا عرفه يلزمه ان لاـ يعـامله و لو عـامله كـانت معـاملته بـاطله سواء كـان قـد حكم الحاكم أم لا بل لا حاجه الى حكمه أصـلا و انما يلزم الحكم فى خصوص المفلس كما سيأتى توضيح هذه المباحث و تحريرها

ماده «۹۶۳» لا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه ما لم يبذر،،،

قد يبلغ الفسق الى السـفه بل إلى أعلى مراتب السـفه فان شارب الخمر فاسق و سفيه و اما إذا كان مدمنا فهو مجنون بل فى أعلى مراتب السـفه و الجنون و من الجـدير ان لاـ يعامل شـارب الخمر و لاـ يصـاهر كما فى كثير من الاخبار النبويه و هكـذا كثير من الكبائر مثل الربا و القمار و الزنا و أخويه عافاك اللّه ايها المسلم من هذه الخبائث التى هى سوس الهيئه الاجتماعيه التى تنخر فى عظامها حتى تبلى و تتلاشى و اللّه ولى العصمه و التوفيق.

اما ماده (۹۶۴) يحجر على بعض الأشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل

- و ماده «۹۶۵» فكلاهما خارجان عن الحجر الشرعى الاصطلاحى بل هما من الحجر اللغوى أو السياسى.

الفصل الثانى فى (المسائل المتعلقه بالصغير و المجنون و المعتوه)

ماده (۹۶۶) لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القوليه،،،

عبارات الصبى الصغير المميز كالمجنون لا اثر لها أصلا لأنه لا يعرف قصد الإنشاء بها بخلاف الصبى المميز الذى يتمكن من قصد الإنشاء و لا اعرف للتقييد بالقوليه وجها مع ان جميع تصرفات الغير المميز لا اثر لها.

ماده (۹۶۷) يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان فى حقه نفع محض

و ان لم يأذن به الولى و لم يجزه كقبول الهديه و الهبه.

هذا من الاستحسان الحسن عقلا بل و عرفا اما شرعا فمقتضى الأحاديث الكثيره المشتمله على مثل قوله عليه السّلام رفع القلم عن الصبى حتى يبلغ و عن المجنون حتى يفيق، عدم اعتبار جميع تصرفاته له أم عليه أم لا له و لا عليه الا ما ورد به الدليل الخاص مثل وصيه من بلغ عشرا إذا كانت بالمعروف أو مطلقا و لكن يمكن تخريج وجه لما ذكرته المجله من مجموع الأدله الشرعيه و الاعتبارات العقليه و لكن الأحسن و الأحوط اعتبار اجازه الولى و لا شك ان الولى يجيز ما فيه المصلحه للصغير و هو اعرف بالنافع له من الضار نعم و كل ما جاز للولى أن يتصرف فيه من أموال الصغير جاز له ان يأذن للصغير بمباشرته اما

لو باع الصغير ثم أجاز نفسه بعد بلوغه فصحته غير معلومه الا على وجه بعيد فى باب الفضولى: و على تلك القاعده يبنى.

ماده (۹۶۸) للولى أن يسلم الصغير المميز مقدارا.

و مستنده قوله تعالى (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ) فإن التعبير بآنستم إشاره إلى كفايه العلامات و الأمارات فى الحكم بالرشد و لذا يجب ان يمتحن الصغير متى تظهر عليه أمارات الرشد فتدفع إليه أمواله و بالضروره أن معاملاته بعد بلوغه فى خلال امتحان رشده تكون مراعاه بالمصلحه فما كان منها على منهاج العقلاء و أهل السداد تكون ماضيه صحيحه و ما لم يكن منها على ذلك المنهاج تكون باطله و لا يجدى اجازه الولى فى صحتها و تلخص من كل ما ذكر ان اعمال الصبى الغير المميز قولا و فعلا لغو صرف مع الإجازه و الاذن و بدونهما اما المميز قبل البلوغ فاعماله كذلك قولا و فعلا مع الاذن أو الإجازه نافذه ماضيه مطلقا ما لم يتبين الضرر فيها على الصبى اما بعد البلوغ قبل تبين الرشد فالصحيح منها ما ثبتت فيه المصلحه و موافقه العرف و العاده و ما لم يتبين فيه باطل حتى مع الاذن و الإجازه فافهم ذلك و اعرف وجهه بالتأمل.

ماده (۹۶۹) العقود المكرره التى تدل على انه قصد منها الربح

و هى إذن بالأخذ و الإعطاء مثلا الى آخرها، صحه تصرف الصبى المميز الموقوفه على اذن الولى تتبع مقدار الاذن عموما أو خصوصا فقوله بع و اشتر اذن عام فى أنواع البيع و الشراء و امره بإجراء عقد واحد اذن خاص، و لا نعرف فرقا ذا أثر عملى بين الاذن و بين التوكيل

و الاستخدام: و هل التوكيل و الاستخدام الا نحو من الاذن و كذلك الأمر بالبيع و الشراء أو غيرهما أيضا ليست حقيقه إلا الاذن، العبارات شتى و الطرق كثيره و الغايه و الحقيقه واحده و من هنا تعرف الوهن فى ماده (۹۷۰) لا يتقيد و لا يتخصص.

لا نعرف وجها لعدم صلاحيه اذن الولى للتقييد أو التخصيص بمكان أو زمان و سيما بعد ان عرفت ان الوكاله و الاذن و ان اختلفا مفهوما و لكنهما متحدان أثرا و حكما و كل وكاله اذن و لا عكس و لا ريب بالاتفاق ان الوكاله تصلح لكل قيد فالإذن كذلك لان حكم الأمثال واحد و لا نص فى البين يجوز فى هذا و يمنع فى ذاك.

نعم قد يعلل ذلك بان الإذن إسقاط و الاسقاط لا يصلح للتقييد و هو وهم فى وهم و سبك خطأ فى خطأ فلا الاذن إسقاط و لا الاسقاط لا يقبل التخصيص بل يقبله (بيان ذلك) ان الولايه نوعان نوع قهرى إجبارى، و آخر اختيارى جعلى، فالأول كولايه الأب و الجد و الحاكم الشرعى فإنها لا تقبل الاسقاط و الثانى كولايه منصوب الحاكم الشرعى فإن له ان يسقط ولايه نفسه و يستقيل بخلاف الأول فإنه لو أسقط ولايته لا تسقط مضافا الى ان الاذن ليس إسقاطا للولايه إذ ليس إذن الأب أو الجد للصبى المميز بان يبيع أو يشترى إسقاط لولايتهما بل هو عين اعمال الولايه، و إعطاء الرخصه كإعطاء المالك الرخصه لآخر فى التصرف بماله فليس معنى ذلك انه أسقط ملكيته و ولايته على ماله بإعطاء الرخصه فى التصرف لغيره فكذلك إعطاء الولى الرخصه ليس معناه إسقاط الولايه

هذا [أولا]: و أما [ثانيا] فلو سلمنا فرضا ان الولايه إسقاط و لكن لا مانع من تقييد الاسقاط بزمان أو مكان فإن للدائن أن يطالب مدينه بحقه فى كل مكان و كل زمان اما لو قال له أسقطت عنك حق المطالبه يوم الجمعه أو فى شهر رمضان أو فى مكه المشرفه أو المدينه المنوره لزم ذلك و لم يكن له حق المطالبه فى تلك الأزمنه أو الأمكنه و هو تقييد مقيد فلا يكون لغوا فتدبره جيدا و أعرفه أصلحك اللّه.

ماده (۹۷۱) كما يكون الإذن صراحه يكون دلاله

فلو رأى الولى، الصغير يبيع و يشترى و لم يمنعه و سكت يكون قد اذنه دلاله تقدم غير مره ان السكوت بذاته لا يدل على شى ء و لا اثر له و انما المدار على القرائن التى تقرن به، و كان هذا غنيا عن البيان لوضوحه و تقدمه كوضوح ماده «۹۷۲» للولى أن يحجر على الصغير بعد ما اذنه،،، الاعلام و التعميم وسيله و لا يتوقف عليها الحكم و هو أمر استحسانى لا ضرورى فلو اذن له ثم منعه بعد ذلك صحت معاملاته الواقعه بعد الاذن و بطل الواقع منها بعد الرجوع سواء علم الولى بذلك و اعلم أم لا فتدبره.

و حيث ان المهم فى باب الحجر الذاتى تعين الأولياء، تعرضت المجله لبيانهم فى ماده «۹۷۴» ولى الصغير فى هذا الباب أولا أبوه ثانيا الوصى إلى الآخر،،، و هذا كله مع انه تطويل بلا فائده غير واف بجميع أنواع الأولياء و الضابطه الجامعه مع اختصارها هى ان أولياء الصبى أبوه و جده فى رتبه واحده و من سبق تصرفه كان هو النافذ و بطل

الثانی و لو اقترنا مع التنافی بطلا و من بعدهما منصوبهما أو منصوب أحدهما و لا ولایه لأحد غیر هؤلاء من قریب أو بعید الا الحاکم الشرعی أو منصوبه مع فقد أولئک أو عدم أهلیتهم بقصور أو خیانه و لعل الی هذا أشارت ماده «۹۷۵» للحاکم ان یأذن للصغیر الممیز عند امتناع الولی،،، و قد یؤدی هذا الی الخلاف بین الولی و الحاکم فالولی یمنع لانه لا یری المصلحه و الحاکم یأذن لانه یراه صالحا فیکون المتبع رأی الحاکم علی تأمل و ان جزم به أصحاب المجله.

ماده (۹۷۶) إذا توفی الولی الذی جعل الصبی مأذونا فیبطل اذنه

فان الاذن و الإباحه یبطلان بموت الآذن و المبیح کما تبطل الوکاله بموت الموکل لأن الجمیع اذن و من خصوصیات الإذن اللازمه له لذاته زواله بزوال الآذن حاکما کان أو غیره فالتفکیک بین الحاکم و غیره کما فی المجله لا وجه له أصلا نعم لو نصب الحاکم ولیا علی قصیر أو جعل متولیا علی وقف و مات الحاکم فإن الولایه لا تبطل بموته و الفرق بین الاذن و الولایه ظاهر بأدنی تأمل،،، ثم انک عرفت من فحاوی کلماتنا المتتابعه فی هذا المجال ان أصل الولایه علی الصغیر انما هی لأبیه و جده و بعد فقدهما أو عدم أهلیتهما تعود للحاکم و علیه فلو اذن الحاکم للصغیر مع وجود أبیه أو جده و وجود المسوغ الشرعی لهذا الاذن ثم مات الحاکم فلا ریب ان الولایه للأب و الجد علی خالها لا تزول و لم تزل انما عطلها فی المورد الخاص معارضه الحاکم و قد زالت بموته فتعود ولایتهما کما کانت علی القاعده المعروفه إذا زال المانع عاد الممنوع و علیه فلا وجه لما فی

ماده (۹۷۷) للحاكم ان يحجر الصغير الذى اذنه و ليس لأبيه إلى الآخر.

ماده (۹۷۸) المعتوه فى حكم الصبى المميز.

بل الأكثر فى المعتوهين انهم كالصبى الغير المميز و ليس لهذا ضابطه كليه و المعتوهون مختلفون و إرجاع التعيين الى العرف أو الى حاكم الشرع اولى نعم لا إشكال بأن المجنون المطبق بحكم غير المميز كما فى ماده (۹۷۹) كما لا إشكال فى ماده «۹۸۰»- اما ماده «۹۸۱» فقد تقدم فى ماده «۹۶۸» ما يغنى عنها و عن ماده [۹۸۲] إذا بلغ الصبى غير الرشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده.

و لازم عدم جواز الدفع ضمانه لو تلف المال فى يد الصبى الذى لم يبلغ الرشد كما فى ماده «۹۸۳»- و ماده «۹۸۴» و حق المادتين ان يجمعا فى ماده واحده فيقال: ولى الصغير لو دفع له المال قبل ثبوت رشده أو قبل بلوغه فان كان المال موجودا انتزعه منه للحجر عليه و ان كان تالفا كان ضامنا و حيث كان من المعلوم اعتبار البلوغ و الرشد فى زوال الحجر عن الصبى و الرشد يعرف بالاختبار و الامتحان فى معاملاته كما مر (اما البلوغ) فيعرف بعلامات، بعضها طبيعيه ذاتيه و بعضها جعليه شرعيه أما الطبيعيه فهى الاحتلام فى الذكر بل و الأنثى ان تحقق فهو علامه لها أيضا و كذا الإنبات اى نبات الشعر على العانه و لم تذكره المجله، و الحيض فى الإناث و الحبل و هى علامه مسبوقه غالبا بالحيض كما ان الحيض مسبوق بالإثبات غالبا، و اما الشرعيه فهى

إكمال الخمسه عشر فى الذكور، و التسع فى الإناث و كلها علامات لشىء واحد و هو النضج و الكمال و بلوغ حد الرجوليه التى أثرها التوالد و التناسل و صلاحيه الرجل فعلا للإحبال و الأنثى إن تحبل و تلك كواشف عن تلك الحقيقه و المرتبه و لكن لو كمل الذكر خمسه عشر حكم عليه بالبلوغ شرعا بلغ تلك المرتبه أم لا و كذا الأنثى بالتسع نعم لو علم بلوغ مرتبه الرجوليه فى من بلغ سنه الاثنى عشر أو أقل أو أكثر دون الخمسه عشر يحكم عليه بالبلوغ و يترتب عليه آثار البالغ إذا فهى علامه حيث لا علامه قبلها اما مع العلم و الظن المعتبر فله حكمه و مع الشاك فالخمسه عشر و التسع و الى هذا أشارت ماده «۹۸۵» و ماده «۹۸۶» و لكن مما ذكرنا يظهر لك انه لا محصل لقوله فى هذه الماده و إذا أكمل الرجل اثنتى عشره و لم يلغ إلخ.

فإن بلوغ التسع و إكمالها هو البلوغ شرعا فأى معنى لقولهم أكملت تسعا و لم تبلغ نعم المراهق هو المقارب لسن البلوغ كالثمان للصبيه و الاثنى عشر للصبى أو أول الخمسه عشر.

ماده (۹۸۷) من أدرک سن البلوغ و لم تظهر فيه آثار البلوغ يعد بالغا حكما،،،

هذا هو البلوغ الشرعى و هو البلوغ بالسن المخصوص تعبدا و تجرى عليه احكام البالغ.

ماده «۹۸۸» الصبى الذى لم يدرک سن البلوغ إذا ادعاه لا تقبل دعواه،،،

اعترافات الصبى الذى لم يثبت بلوغه كلها لاغيه و هذا منها فالدعوى لا تثبت نفسها بل تثبت باماراتها.

ماده (۹۸۹) إذا أقر المراهق أو المراهق فی حضور الحاکم ببلوغه فإن کذبه ظاهر الحال إلخ.

قد عرفت ان دعوی البلوغ لا تثبت بمجرد الاعتراف بل لا بد من اعتبار الأمارات و بمجرد ادعائه انه بالغ لا یترتب علیه اثر له أو علیه فان حصلت احدی الأمارات المتقدمه الشرعیه أو الطبیعیه فالعمل علیها أقر أو أنکر و ان لم تحصل هی و لا حصل العلم من أمارات أخری بل حصل الظن أو الشک فلا عبره بهما بل المرجع الی استصحاب عدم البلوغ و إقراره مع الشک لا اثر له أصلا مراهقا کان أو غیر مراهق و الخلاصه ان القرائن ان کانت منصوصه أو مخصوصه و هی ما ذکرناه فالعمل علیها حتی مع الشک یتعین و ان لم یکن فلا عبره بها و لو أفادت الظن بل المعول علی الاستصحاب فتدبره، و للّه المنه.

الفصل الثالث فی (السفیه و المحجور)

ماده «۹۹۰» السفیه المحجور هو فی المعاملات کالصغیر الممیز الی الآخر.

هذا هو القسم الرابع من أقسام المحجور علیهم و یقع الکلام فی

تشخيص موضوعه (أولا) ثم بيان احكامه (ثانيا) «اما الأول» فإن السفه ضد الرشد و السفيه يقابل الرشيد و حيث ان الرشد هو ملكه نفسانيه تمنع من إفساد المال و صرفه فى غير الوجوه المطابقه لأفعال العقلاء فالسفيه بخلافه- مثلا من يبيع ماله بأقل من ثمن المثل و يشترى بأكثر من ثمن المثل فهو سفيه و من اتفق أكثر أمواله فى الخمر غالبا و الملاهى أو شطرا من أمواله فيها فهو سفيه و من يبيع ما يحتاجه فيصرفه فيما لا يحتاجه مما يسمونه بالكماليات فهو سفيه و هكذا أملاكه و تعيين مصاديقه موكول الى عرف العقلاء و هو يختلف باختلاف أنواع الأشخاص و الأزمنه و الأمكنه و الظروف حتى ان من ينفق أكثر أمواله فى الخيرات و المبرات زائدا على ما يليق بشأنه فضلا عما إذا كان مجحفا بعياله قد يعد عند العقلاء سفيها (اما الثانى) فمعاملاته الماليه باطله مطلقا حتى ما يوافق فيها طريقه العقلاء و الأصل فى ذلك قوله تعالى (وَ لٰا تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَكُمُ) بناء على ما هو الظاهر من ان المراد لا- تعطوا أموالكم معاوضه عن أموالهم و ان كان بقيه الآيه قد تشعر بخلاف ذلك و لكن الاخبار فيه كثيره و هذا النهى وضعى يقتضى فساد المعامله و لازم ذلك ان من ابتاع من السفيه مالا و دفع له الثمن فأتلفه لا ضمان عليه و يسترجع الولى المبيع سواء كان عالما بسفهه أم لا و كذا لو باعه شيئا فلا تصح معاملاته التعاوضيه فضلا عن معاملاته المجانيه كالهبه و العاريه و نحوهما نعم ليس هو مسلوب العباره كغير المميز بل هو كالمميز فيصح ان يوكل على عقد لغيره كما يصح ان يعقد لنفسه بيعا أو نكاحا أو غيرهما و لكن يبقى

موقوفا على اجازه الولى و لا يسلم اليه مال أصلا لا الذى له و لا الذى لغيره و لو سلم اليه المال فتلف فان كان المال للغير فلا ضمان على السفيه و ان كان له فالدافع ضامن و الفرق بينه و بين الصبى المميز ان ولى هذا أولا أبوه أو جده اما ولى السفيه فهو الحاكم الشرعى حتى مع وجودهما أو وجود وصيهما.

ماده «٩٩١» تصرفات السفيه التى تتعلق بالمعاملات القوليه الواقعه بعد الحجر لا تصح،،،

يظهر من هذا ان الحجر على السفيه موقوف على حكم الحاكم حيث تقول «المجله» لكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس، و أنت خبير بان السفه أمر ذاتى و نقص فى العقل و التفكير فهو كالصغير و المجنون فكما ان الحجر فيهما و فى المعتوه لا- يتوقف على حكم الحاكم لاستناده إلى أمر ذاتى فكذلك السفيه و من هنا اتفقت الإماميه ظاهرا على ان الحجر عليه غير موقوف على الحكم بل كل معامله ماليه تقع مع السفيه فهى باطله سواء علم وقتها بأنه سفيه أم لا نعم لو اجازه الولى لوقوعها موافقه لمعاملات العقلاء نفذت كما نبهت عليه (المجله) فى ماده (٩٩٣) إذا باع السفيه المحجور .. ثم ان من احكام السفيه لزوم إنفاق الولى عليه و هو الحاكم بالقدر المناسب لحاله و شأنه و كذا على عياله الواجبى النفقه عليه كما فى ماده «٩٩٢» و من أحكامه أيضا ما فى ماده «٩٩٤» لا يصح إقرار السفيه و ان الحقوق الثابته عليه شرعا يؤديها الولى من أمواله كما فى ماده «٩٩٥» و انه إذا استقرض و صرفه على نفسه بالمعروف يلزم الحاكم أداء ذلك الدين و الا فلا

لأن الدائن قد أضاع ماله على نفسه و لكن القدر المعلوم انه حيث يكون الدائن عالما بسفهه و الا فلو أقرضه على أصل السلامه لم يبعد عدم سقوط حقه فليتأمل.

ماده (۹۹۷) إذا اكتسب السفيه المحجور صلاحا

على قاعده إذا زال المانع عاد الممنوع و كان السفه هو المانع من صحه التصرفات فإذا زال عادت الصحه كما فى سائر العقلاء.

الفصل الرابع فى (المديون المحجور)

ماده (۹۹۸) لو ظهر عند الحاكم مماطله المديون فى أداء دينه حال كونه مقتدرا الى آخرها،،، إذا ماطل المديون غرماءه فى أداء دينه و هو قادر و ملى و شكاه الغرماء الى الحاكم أنذره أولا فإن أصر على المماطله حبسه فإن بقى مصرا فان كان عنده نقود أخذها الحاكم و دفع منها حق الغرماء و ان لم يكن عنده نقود باع الحاكم من أمواله المنقوله أو غير المنقوله حسب نظره بقيمتها السوقيه و دفعها الى الغرماء و هذا لا ربط له بالمفلس أصلا و ليس المفلس

شرعا الا هو من قصرت أمواله عن ديونه فطلب الغرماء ان يحجر على أمواله و يمنعه من التصرف بها خوف التلف فتعود الخساره عليهم و هو الذى أشارت إليه ماده «۹۹۹» المديون المفلس الذى دينه.

و تحرير هذا البحث بأسلوب واسع و واضح- ان الفلس لا- يكون سببا للحجر عندنا معشر الإماميه إلا بشروط (الأول) ثبوت الديون عند الحاكم (الثانى) قصور أمواله عنها اما لو زادت أو ساوت فلا حجر خلافا لما فى المجله فى المساوى «الثالث» ان تكون ديونه حاله فلو كانت مؤجله أجمع أو الحال منها لا يزيد على أمواله فلا حجر حتى لو كانت عند حلولها تزيد عن أمواله (الرابع) التماس الغرماء من الحاكم الحجر عليه و ليس للحاكم التبرع حتى لو التمسه المفلس بنفسه اما لو التمسه بعضهم فان كان دينه بخصوصه يزيد على أمواله صح الحجر و الا- فلا- ثم ان أمواله التى تقاس الى ديونه و هى كل ما زاد على دار سكناه و ملابسه و أثاث بيته و خادمته و دوابه و كتبه كل ذلك على حسب شأنه و ما يليق بنسبه أقرانه فإن زادت يؤخذ الزائد و ان نقصت أكملت و بحسب أيضا من أمواله ديونه و ان كانت مؤجله ان كانت على مؤسرين دون المعسرين أو المتمردين أو الغاصبين و إذا تحققت هذه الشروط و حجر الحاكم عليه ترتبت على ذلك أحكام «الأول» بطلان تصرفاته أجمع فى جميع أمواله الموجوده حال الحجر مده بقائه سواء تعلقت بدين أو عين أو منفعه و سواء كانت بعوض مطلقا كالبيع أو الإجازه بخيار فى بيع سابق فإنه نافذ سواء وافق غبطه الغرماء أم لا فان حق الغرماء قد تعلق بماله على نحو كيفيه

ملکه له من لزوم أو تزلزل فلا ینقلب الجائز بالحجر لازما و لذا لا یمنع الغیر من اجراء خیاره لو کان فی بعض أمواله کما انه لو خرج مال المفلس عنه بهبه و نحوها قبل الفلس لم یکن للغرماء إلزامه بالرجوع فیه و ان کان له ذلک نعم لا ینفذ إبراؤه و إسقاطه بماله من دیون أو حقوق مالیه اما التصرفات الغیر المالیه کوصیته أو تدبیره اللذین لا ینفذان إلا فی ثلث الفاضل عن الدین و کالنکاح و الطلاق و الإقرار بالنسب و ان أوجب النفقه و لکنه فی الذمه کما لو افترض أو اشتری نسیئه أو باع سلیما فضلا عما إذا کان موجبا لتحصیل المال مجانا کالاحتطاب و الاحتشاش و الاتهاب فهل تدخل فی الحجر أم لا، وجهان أقواهما العدم اما أمواله المتجدده بعد الحجر من أمواله المحجوره فهی تابعه لها و الحجر لا یسقط عبارته فیجعلها لاغیه کعباره الغیر الممیز بل له ان یتوکل عن الغیر بل له ان یجری العقود علی أمواله المحجوره فتنفذ بإجازه الغرماء أو الحاکم کما نصت علیه ماده «۹۹۳» إذا باع السفیه،،، و لو فضل عن الدیون فان کان لارتفاع السوق فالحجر صحیح و یرد إلیه الزائد و ان کان لخطإ فی التقدیر حین الحجر کشف عن بطلانه و تمضی تصرفاته الواقعه أثناء الحجر [الثانی]، ان إقراراته بعد الحجر و دیونه المتجدده تنفذ علیه و تبقی فی ذمته و لا یضربون مع الغرماء المتقدمین فی المال المحجور حتی لو أقر بسبق الدین الا ان یصدقه الغرماء أو یثبت عند الحاکم کما فی ماده «۹۹۴» لا یصح إقرار السفیه «الثالث» ان دیونه المؤجله لا تحل بالحجر و لا بموت الدائن نعم تحل بموت المدیون

مطلقـا محجورا و غير محجور، و تقسـيم أمواله بعـد الحجر على ديونه الحـاله و لاـ يـدخر للمؤجله شـى ء و ما يحل قبل الشـروع بالقسـمه ضـرب صاحبه مع الغرماء و لو حل بعد قسـمه البعض شارك فى الباقى مع باقى الغرماء و لو ظهر دين حال بعد القسـمه نقضت و شارك و لو كان الحلول بالصـلح على تعجيله بإسقاط بعضه فالأقوى مشاركته على تأمل «الرابع» ينفق عليه و على عياله الواجبى النفقه من ماله المحجور الى يوم القسـمه كما فى ماده «۱۰۰۰» و لو مات قبلها فتجهيزه الواجب من أمواله و كذا لو مات من يجب تجهيزه عليه «الخـامس» إذا وجـد بعض غرمـاء المفلس عين مـاله فهو أحق بها و لو لم يكن غيرها و لا يشاركه الغرماء فيهـا اما غرماء الميت لو قصـرت أمواله عن ديونهم فهم شـرع سواء حتى صاحب العين فتقسم التركه بنسـبه ديونهم حتى لو مات محجورا عليه بالفلس لان المال ينتقل إلى الورثه و فيه حق الغرماء و لذا لو دفع الورثه الدين صارت التركه ملكا طلقا لهم، اما لو وقت التركه بالـديون فصاحب العين أحق بها ان كانت العين باقيه بحالها اما لو تغيرت بزياده منفصـله أخـذها بـدون الزياده، و لو كانت متصـله فإن كانت بفعل المفلس كما لو غرس أو صـبغ أو خلط كان شريكا بالنسبه و ان لم تكن بفعله كالسمن و الطول و نحوه فهـل يأخـذها كـذلك أو يسـقط الأخـذ أصـلا أو يأخـذها و يكون شـريكا بالنسـبه و يشاركه المفلس بالنسـبه و لعله أقوى الوجوه امـا لو تغيرت بـالنقص أخـذها ان شـاء و ضـرب مع الغرمـاء بقيمه النقص، و لو خلطهـا بالمسـاوى أو الأـدون و لم يمكن التمييز تخير

بين الشركه و بين الضرب مع الغرماء،،، بقيمتها كما لو خلطها بالأعلى و لو تغيرت الحقيقه بأن صار الحب زرعا و البيض فرخا كان بحكم التالف فليس له الا الضرب مع الغرماء كما تقدم، و يقدم حق الشفيع على البائع لو أفلس المشترى و يضرب البائع مع الغرماء بقيمه الشقص و كذا يقدم المرتهن عليهم فيأخذها بدينه ان ساوت و يرد الزياده ان زادت و يضرب معهم بالنقيصه ان نقصت و كذا حق المجنى عليه و لكن لو قصر ثمن العبد الجانى فليس للمجنى عليه أكثر من قيمته أو رقبته و لو أفلس بثمن أم الولد أخذها البائع أو اختص بثمنها (السادس) لو تجددت له أموال بعد القسمه فللحاكم ان يحجر عليها إذا التمس الغرماء ذلك تلافيا لبقيه ديونهم ان كان المتجدد يقصر عنها و الا فلا الا ان يكونوا قد أسقطوا و أبرءوا «السابع» قد عرفت ان ولايه الصغير و المجنون للأب أو الجد منه أو لمنصوبهما فان لم يكونا فللحاكم أو منصوبه و كذا من بلغ غير رشيد اما من بلغ رشيدا ثم عرضه السفه و صار مفلسا فللحاكم لا غير،،، هذه أهم مباحث الحجر و السفيه و المفلس و منه تعرف كم أهملت المجله من الفروع المهمه، و الأحكام المحكمه، فى هذا الباب، و للّه المنه و الحمد.

الباب الثانی فی (بیان المسائل التی تتعلق بالإکراه)

اشاره

العمـل المکره علیه فـاعله لاـ اثر له شـرعا قولاـ کـان أو فعلاـ و الأصـل فیه قبـل الإجمـاع قوله تعـالی «إِلّا مَنْ أُکْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِیمانِ» بل هو نوع من أنواع الضـروره فیشـمله کل أدله المضطر مثل قوله تعالی «فَمَنِ اضْطُرَّ غَیْرَ باغٍ وَ لا عادٍ فَلا إِثْمَ عَلَیْهِ» و فی الحدیث النبوی المعروف (بحدیث الرفع) رفع عن أمتی الخطأ و النسـیان و ما لا یعلمون و ما اضـطروا الیه و ما استکرهوا إلخ، (و النبوی المشـهور) ما من محرم الا و قد أحله اللّه لمن اضـطر الیه، و لکن انما تسـقط الآثار وضـعیه و تکلیفیه بالإکراه إذا استجمع شروطا.

(الأول) ان یکون المکره بالکسـر قادرا علی فعل ما یتوعد به من ضـرب أو حبس و نحوهما و علیه تنص ماده (۱۰۰۳) یشترط ان یکون المجبر.

(الثانی) ان یظن المکره بالفتح أو یقطع بأنه إذا لم یأت بالمکره علیه أوقع بالمکره، بالکسر، به ما یتهدده فیه من قتل أو ضرب

أو نحوهما كما فى ماده «۱۰۰۴» يشترط خوف المكره- «الثالث» ان يكون المكره بالفتح عاجزا عن مقاومته و رد شره عنه بنفسه أو الاستعانه من حاكم أو غيره و قد أهملت المجله هذا الشرط «الرابع» و هو ان يكون ما يتوعد به مما لا يتحمله المكره أو لا يليق بشأنه و هذا يختلف باختلاف الأشخاص و مراتبهم كما يختلف باختلاف الأزمنه و الأمكنه و سائر الاعتبارات فرب شخص لا يليق به كلمه فيها رائحه الإهانه فقد يفعل الفعل دفعا لهذه الكلمه فيكون مكرها و رب شخص لا يضر بشأنه الصفع و الضرب و الحبس و الغل فيفعل الفعل خوف ذلك فلا يعد مكرها، و ربما يشترط بعضهم ان يكون عاجزا عن التوريه فلو كان عارفا بها و لم يقصدها كان مختارا لا مكرها و هو غير معلوم و كيف كان إذا تحققت الشرائط المتقدمه ارتفع الحكم التكليفى المرتب على ذات القول أو الفعل لو لا الإكراه كما يرتفع الأثر الوضعى فلو سب نبيا أو وليا مكرها فلا إثم، كما لو باع أو وهب كذلك فلا اثر لبيعه و لا هبته، و لو شرب خمرا مكرها فلا إثم كما لو غصب مال غيره و أتلفه مكرها فلا ضمان و هكذا سواء فعل ذلك بحضور المكره المتوعد أو بغيابه فان الحضور و الغياب ليس له أى أثر بعد تحقق تلك الشروط فلا وجه لما فى ماده «۱۰۰۵» ان فعل المكره المكره عليه فى حضور المجبر يكون الإكراه معتبرا و اما إذا فعله فى غيابه فلا يعتبر لانه يكون قد فعله طوعا الى آخرها،،، فإنه لو أكره أحد آخر على بيع داره و لو بكتاب أو رسول تحقق الإكراه و أى اثر للحضور إذا كان الخوف

حاصلا حتی مع الغیاب.

ثم هل یصح عقد المکره بإجارته بعد الإکراه- خلاف، و الأقرب الصحه کما فی ماده (۱۰۰۶) و ذلک لعمومات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و نحوها و لفحوی أدله الفضولی فتدبره،،، و لو باع المالک مکرها و تصرف المشتری کان ضامنا کالغاصب بجمیع ما یجری علیه من احکام الضمان المتقدمه.

ماده (۱۰۰۷) کما ان الإکراه الملجئ یکون معتبرا إلخ.

قد عرفت ان لا فرق بین الملجئ و غیر الملجئ بالمعنی المذکور لان المدار علی الخوف سواء کان من قتل أو حبس أو غیرهما نعم یفترقان بمعنی آخر تقدم بیانه.

الباب الثالث فی (بیان الشفعه

اشاره

و ینقسم إلی أربعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان مراتب الشفعه)

ماده (۱۰۰۸) أسباب الشفعه ثلاثه

(الأول) ان یکون مشارکا قد عرفت قریبا ان أقرب عباره تکشف عن حقیقه الشفعه التی هی من خصائص الشریعه الإسلامیه و عظم عنایتها بنظم الهیئه الاجتماعیه و الصالح العام و حکمتها العالیه ان لا یبتلی المالک لملک مشاع بشریک جدید لا یعرف شیئا من أخلاقه و حسن سیرته فقد یکون شرکته وبالا علیه و تنغیصا لعیشه فی داره أو عقاره مده عمره فجعل له حق أخذ ما باعه شریکه من المشتری بالثمن، إذا فأحسن تعبیر عنها انها حق تملک الشریک الشقص من المشتری بالثمن، و لهذا الحق أسباب کما له شروط

اما أسبابه فكما أشارت إليه هذه الماده- الشركه على الإشاعه اما فى نفس العين أو فى حق الشرب الخاص أم فى الطريق الخاص كالأمثله المذكوره فى المتن و هذان سببان لحق الشفعه عند الإماميه أيضا كما عند عامه أرباب المذاهب فهو إجماع المسلمين، «اما السبب الثالث» و هو كونه جارا ملاصقا الى يمينه أو يساره أو خلفه لا المقابل فقد اختلفت أرباب المذاهب فيها، فالشافعى و مالك على عدم الشفعه فيها و عليه كافه الإماميه لقوله عليه السّلام [إذا وقعت الحدود فلا شفعه بينهم] و الحنفى و أصحابه على ثبوتها لما يروى عنهم (جار الدار أحق بدار الجار) و هو الذى اختاره المجله، و لبعض الفقهاء تفصيل فالجار المشارك فى الطريق الخاص من أحد الجانبين له الشفعه و غيره كالجار من خلف أو المقابل لا شفعه له و هذه الأسباب مرتبه فلو اختص كل واحد بواحد منها ففى ماده «۱۰۰۹» حق الشفعه أولا- للمشارك فى نفس البيع كاشتراك شخصين فى عقار شائعا (الثانى) ان يكون خليطا إلخ.

و ماده (۱۰۱۰) إذا لم يكن مشاركا فى نفس المبيع أو كان و ترك ..

و حاصله ان المشارك فى العين مقدم فان لم يكن أو كان و ترك فللثانى و هكذا، اما ماده (۱۰۱۱)- و ماده (۱۰۱۲) فالشفعه فى الموردين انما تثبت حيث تكون الأرض مشتركه اما مع عدم الشركه فى الأرض فلا شفعه فإن البناء كالغروس لا شفعه فيها الا تبعا للأرض كما تقدم.

ماده (۱۰۱۳) إذا تعدد الشفعاء يعتبر عدد الرءوس.

هذا هو المتفق عليه ظاهرا عند أرباب المذاهب و لعله المشهور عندنا و وجهه ان سبب الشفعه هو الشركه و هو فی الجمیع واحد، و وحده السبب تقتضی وحده المسبب و هو کما تری فیه للخدشه مجال و لو قیل بان کل واحد یأخذ بمقدار حصته لکان أقرب الی العدل.

و اما ماده (۱۰۱۴) و ما بعدها الی آخر الفصل.

فالأحکام المندرجه فیها مبنیه علی استحسانات و اعتبارات لا بأس بها بناء علی أصول القوم اما عندنا فلا موقع لها أصلا إذ لا شفعه مع تعدد الشرکاء مضافا الی ان تلک الوجوه لا تصلح ان تکون دلیلا.

الفصل الثانی فی (بیان شرائط الشفعه)

(الأول) ماده (۱۰۱۷) یشترط ان یکون المشفوع به ملکا عقاریا ..

الظاهر اتفاق أرباب المذاهب علی هذا الشرط فلا تثبت الشفعه فی المقولات مطلقا و لا فی الأبنیه و المغروسات لا تبعا للأرض اما عند الإمامیه فالأخبار الوارده فی هذا مختلفه أشد الاختلاف ففی کثیر حصرها بالعقارات و فی بعضها التعدی إلی الحیوان و فی جمله منها التعدی إلی خصوص العبد و لکن

قد استقر المذهب من زمن المحقق و العلامه رضوان اللّه عليهما حتى كاد ينعقد الإجماع عندنا أخيرا على عدم ثبوتها فى المنقولات مطلقا الا ما يتبع الأرض و عليه فيصح ان يقال ان إجماع المسلمين اليوم على عدم الشفعه فى المنقولات الا ما يتبع الأرض فلو كانت الغروس ملكا لاثنين و الأرض لثالث فلا شفعه اما لو كانت مع الغروس لاثنين فباع أحدهما الأرض أو الغروس معها فللشريك ان يشفع كما تشعر به ماده (۱۰۱۹) و نصت عليه ماده (۱۰۲۰)

«الثانى» (۱۰۱۸) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا أيضا

- أى لا وقفا و قد اختلف أصحابنا رضوان اللّه عليهم أشد الخلاف فى ثبوت الشفعه فى العين المشتركه بين الوقف و الملك الطلق فيما لو وقع البيع على الملك الطلق أو وقع على الوقف لو حصل المسوغ لبيع الوقف فبين قائل بثبوتها مطلقا مع وحده الموقوف عليه و تعدده فى الصورتين و بين قائل بعدمها مطلقا كذلك و بين مفصل فتثبت مع الوحده و تنتفى مع التعدد، أو فى الصوره الأولى دون العكس أو بالعكس، و تمسك كل قائل لدعواه بوجوه لا يخلو كل واحد منها من خدشه (و خلاصه التحقيق) من ذلك المخض ان أصل الشفعه لما كانت عباره عن تملك الشفيع الحصه من المشترى قهرا عليه و هذا حكم على خلاف الأصل و العمومات التى تنص على ان الناس مسلطون على أموالهم و ليس لإنسان أن يملك مال غيره قهرا عليه، إذا فلا بد من الاقتصار فى هذا الحكم المخالف للأصل على مورد اليقين و المتيقن ما إذا كان الشريكان يملكان ملكا

طلقـا امـا فى الوقف شـفيعا أو مشـفوعا به فمشـكوك و الأصـل عـدم ثبوت الحق فلاـ شـفعه فى مقـام الوقف مطلقـا و ما ذكرته «المجله» وجيه متقن.

(الثالث) ماده (۱۰۲۱) الشفعه لا تثبت الا بعقد البيع ..

اشاره

يعنى يشترط ان يكون انتقـال الشـقص بـالبيع اما لو كان بغيره من عقود المعاوضات أو غيرها كالهبه و نحوها فلا شـفعه حتى فى الهبه المعوضه لما عرفت فى كتاب الهبه ان المعوض ليس للعين الموهوبه حتى تكون كالبيع بل هو عوض لنفس الهبه فالتعاوض بين الهبتين لاـ بين الموهوبين و هـذه من دقائق فقه الإماميه فتـدبره، و منه ظهر الخـدشه فى ماده (۱۰۲۲) الهبه بشرط العوض فى حكم البيع .. نعم يتفرع على اشتراط الانتقال بالبيع و خروج غيره.

ماده (۱۰۲۳) لا تجرى الشفعه فى العقار الذى ملک لآخر بلا بدل

كتملك أحد عقارا بلا عوض ..

(الرابع) ماده (۱۰۲۴) يشترط ان يكون للشفيع رضا،،،

و لم تحسن (المجله) التعبير عن هذا الشرط فجاء مختل اللفظ و المعنى- فان الرضا بالبيع لا يسقط الشفعه بل يولدها و لو لا البيع لم تكن شفعه و انما يسقطها إسقاطه لها أو تماهله عن الأخذ بها بناء على ما سيأتى من الفوزيه و قد حصل مثل هذا الوهم لبعض أساتيدنا فقال فى حواشيه على التبصره لو اذن فى البيع معرضا فالأقوى البطلان اى بطلان الشفعه و كذا فيما لو بارک أو شهد إذا ظهر منه الاعراض انتهى، و كنا قد علقنا عليها ما نصه

الشـفيع يأخـذ من المشترى لا من البائع فإذنه كاعراضه لعله وصـله الى غرضه، و مثله لو بارك أو شـهد فالشـفعه فى الجميع ثابته فتـدبره جيـدا و كـذا لاـ يلزم سـقوط الشـفعه لو كـان وكيلاـ للبـائع فى البيع بل كل ذلك محقق لموضوعها لا مسـقط لها نعم لو اسـتأجر من المشترى سقطت، و وجهه واضح و كذا لو اعرض عن المشترى بعد علمه بشرائه و لم يبادر إلى الأخذ سقطت شفعته لفوات الفوريه لا للاعراض فتدبره.

الخامس (ماده ۱۰۲۵) يشترط ان يكون البدل مالا معلوم المقدار

بناء عليه لا تجرى الشـفعه فى العقار الـذى ملك بالبـدل الذى هو غير مال كبدل اجره الحمام الى آخرها،،، اعتبار معلوميه البدل اى الثمن ليس شـرطا فى أصل ثبوت الشـفعه و انما هو شـرط فى إعمالها أى الأخـذ بها احترازا عما لو جهل الثمن لغيبه البائع أو المشترى أو موتهمـا بحيث لم يعلم بمقـدار الثمن فـإنه لاـ يمكن الأخـذ بهـا فسـقوطها فى مثل ذلك من جهه تعـذر العمل بها لا بمعنى انه إذا لم يعلم مقدار الثمن حين البيع أو حين قوله شفعت تكون باطله بل له ان يقول شفعت بالثمن الذى اشتريت به مهما كـان، و توهم لزوم الغرر مـدفوع بأنه ربما يكون عالما إجمالا بان الثمن عادلا و انه لا يزيـد على ثمن المثل الا قليلا، و على كل حال فهـذا الشـرط قد ذكره فقهاؤنا أيضا و لكن يلزم ان يحمل على المعنى الذى ذكرنا لا على ما يتراءى من المجله و غيرها من انه شـرط فى عـداد سـائر الشـروط لأصل ثبوت حق الشـفعه مثل كونه عقارا و ان الانتقال بالبيع و نحوها (هـذا أولا) (و ثانيا) فلو سلم ان

المعلومیه شرط کسائر الشروط و لکن الـذی یصـح ان یتفرع علیه انه لو شـفع و هو جاهل بمقـدار الثمن لم تؤثر شـفعته لا عدم جریانها فیما إذا کان البدل غیر مال کالدار التی ملکت بدل اجره الحمام «و ثالثا» لا أدری لما ذا صارت اجره الحمام لیست بمال و اجره الحمـام لاـ یخلو امـا ان تکون نقودا و هی مـال بلاـ اشـکال و اما ان تکون عروضا کـدار مثلا و هی مال أیضا بلا ریب و بـدلها و هو منافع الحمام أیضا مال لان معیار المال عنـد العرف هو ما یبـذل المال بإزائه أی ما یبذل أحد النقدین بدلا عنه و من المقطوع به ان منافع الحمام یبـذل الدراهم و الدنانیر بإزائها فهی مال فالمنافع مال و أعواضـها من نقود و عروض أیضا مال حتی الدار فلما ذا لا تجری الشـفعه لو کان فیها شـقص للغیر فباعها و کذلک الدار لو ملکت شقصها المرأه مهرا ثم باعته فلشریکها ان یشفع نعم لو ملکته مهرا لم یکن للشریک شفعه لأنها لم تملکه بالبیع و هو من أهم شرائط الشفعه کما عرفت، فهذا الشرط مضافا الی انه لا محصل له ساقط بالکلیه کسقوط

(الشرط السادس). ماده «۱۰۲۶» یشترط ان یزول ملک البائع عن البیع بناء علیه،،،

فإنه فضـله مسـتدرک إذ البیع الفاسـد لیس بیعا حتی علی القول بالأعم فإنه لیس الفاسد بمراد فی هذه الموارد التی یدور الحکم فیها علی الانتقال لا علی اجراء العقـد فقط و الفاسد عندنا غیر مؤثر کالباطل علی ما سـبق فی محله اما البیع الخیاری فلا یمنع من الأخذ بالشفعه بل للشفیع یأخذ و للبائع ان یعمل خیاره إذا شاء و لو کان الخیار للمشتری انتقل مع الشقص الی

الشفیع ان شاء عمله و ان شاء ترک إذا فلا فائده بهذا الشرط و هو مستدرک استدراک.

ماده (۱۰۲۷) لا تجری الشفعه فی تقسیم العقار.

فقد مر انها لا تثبت الا بالبیع، و القسمه لیست بیعا فذکره مستدرک.

الی هنا انتهت شروط الشفعه فی «المجله» و تبقی شروط اخری لم تذکرها و لعل إجماع الإمامیه أخیرا علی اعتبارها فی ثبوت أصل هذا الحق (الأول)، ان لا یزید الشرکاء علی اثنین و فی المتقدمین من یذهب الی ثبوتها حتی مع التعدد و لکن انعقد إجماع المتأخرین ظاهرا علی اعتبار الاثنین لا غیر «الثانی» ان یکون الشفیع مسلما لو کان المشتری مسلما، فلا شفعه لکافر علی مسلم و للمسلم الشفعه علیه، (الثالث) قدرته علی الثمن أو بدله حالا ان کان البیع حالا، اما لو کان مؤجلا فاما یدفعه حالا و الا یلزم بکفیل- بالإیفاء عند حلول الأجل، ثم انه لا یشترط فی الشفیع ای من له حق الشفعه البلوغ و لا الرشد فیثبت للصبی مطلقا و للمجنون و للسفیه و یأخذ لهم الولی مع المصلحه و لو أهمل کان لکل واحد منهم ان یشفع بعد زوال العذر خلافا لما فی المجله (۱۰۲۵) یطلب حق شفعه المحجورین ولیهم و ان لم یطلب الولی حق شفعه الصغیر فلا تبقی له صلاحیه طلب حق الشفعه بعد البلوغ فان هذا علی إطلاقه غیر صحیح نعم لو ان الولی أهمل اعماله من جهه عدم المصلحه فی ذلک الوقت اتجه سقوطها بعد البلوغ اما لو کان تقصیرا من الولی فلا سقوط لانه حق مالی ثابت فان لم یعمله الولی

استوفاه صاحب الحق بعد كماله و ارتفاع المانع

الفصل الثالث يلزم فى الشفعه ثلاث مطالبات.

ليس فى كتب أصحابنا شى ء من هذه التعاريج و التخاريج و انما الذى عندهم ان الشريك متى علم ببيع الشريک حصته لزمه ان يعرف الثمن ثم اما ان يأخذ به أو يترك سواء كان فى مجلس البيع أو غيره مع حضور المشترى أو عدم حضوره غايته انه مع غيبته حذرا من الإنكار يشهد شاهدين ليكونا بينه له على الأخذ بالشفعه فورا و قد اتفقوا على ان الغالب له الشفعه و لو بعد السنين المتطاوله و لا تسقط شفعته بترك الاشهاد و ان تمكن منه فضلا عما لو عجز عنه و كذا المريض و المحبوس و نحوهما كما اتفقوا أيضا على انه لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثه أيام فان لم يحضره بطلت شفعته لكن (فى حسنه) على بن مهزيار غير هذا التفصيل قال: سألت أبا جعفر الثانى عليه السّلام عن رجل طلب شفعه أرض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها أ ينتظر مجى ء شريكه صاحب الشفعه قال ان كان معه فى المصر ينتظر به الى ثلاثه أيام فإن أتاه بالمال و الا فيبيع و بطلت شفعته فى الأرض و ان طلب الأجل الى ان يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار

ما يسافر الرجل الى تلك البلد و ينصرف و زياده ثلاثه أيام فإن وفاه و الا فلا شفعه له انتهى.

و ينبغى ان يكون المراد بصاحب الأرض هو المشترى لا البائع حتى يتجه استحقاق الشفعه للرجل الذى ذهب لإحضار المال فإن الشفعه لا تثبت الا بعد البيع و لو كان المراد بها البائع أى الذى يريد ان يبيع لم يكن المقام موضع شفعه و كيف كان فلا بد من العمل بهذا الخبر الشريف الموافق للعرف و الاعتبار و على كل حال فقضايا الاشهاد و التقرير و المواثبه قضايا احتياطيه و استعداد للكفاح فى ما لو وقعت الخصومه و لا دخل بها فى أصل حق الشفعه فإنها تثبت بمجرد بيع الشريك و للشفيع ان يشفع بأى صوره يشاء و لكن على الفور سواء أشهد أم لا قرار أم لا و لا حاجه الى مراجعه الحاكم الا عند الخصومه كما فى سائر الخصومات و لا يضر فى استحقاق الشفعه تأخيره التقرير أو الإشهاد أو مراجعه الحاكم ضروره ان حكم الحاكم طريق للإثبات لا سبب فى الثبوت فليتدبر.

و عليه فلا يهم التعرض لهذه المواد المذكوره فى هذا الفصل.

الفصل الرابع فی (بیان حکم الشفعه)

ماده «۱۰۳۶» یکون الشفیع مالکا للمشفوع.

تحریر هذا البحث علی طرز جدید، و أسلوب مبتکر، هو انک بعد مراجعه ما مر علیک من مباحث الشفعه تستطیع ان تتصور لتکوین حق الشفعه و ولادته و نشوه و ارتقائه ثلاث مراحل (المرحله الأولی) أسباب تکونه فی طور القوه و الاستعداد و عمده تلک الأسباب الشرکه فی العقار بنحو الإشاعه «المرحله الثانیه» وجوده بنحو الفعلیه و التحقق و ذلک یحصل بالبیع علی الأجنبی فإذا باع الشریک حصته علی الأجنبی تحقق له حق الشفعه فعلا، (المرحله الثالثه) استثمار ذلک الحق و استعماله و هو ان یأخذ بالشفعه فإذا دفع الثمن إلی المشتری ملک الحصه قهرا علیه و وجب ان یتخلی عنها، «فالأولی» قوه و «الثانیه» فعلیه و وسیله «و الثانیه» غایه و ان شئت قلت الاولی «غرس» و الثانیه «شجره» و الثالثه «ثمره» فإنه بعد تحقق المرحلتین ان دفع الثمن فقد ملک و أخذ الفائده و الا سقط ذلک الحق الذی تکون له بتلک الأسباب و لعل الی بعض هذا تشیر المجله بقولها: یکون الشفیع مالکا

للمشـفوع بتسليمه الثمن و لكن قوله «بالتراضى» لا محل له إذ ليس له الامتناع و لا تتوقف ملكيه الشفيع على رضاه و غايته انه إذا امتنع عن قبض الثمن و عن رفع اليد عن المشـفوع به يراجع الشفيع الحاكم كما يراجع فى سائر موارد الممتنعين عن أداء الحق، و رفع أيديهم عن مال غيرهم لا لخصوصـيه فى الشـفعه و لا من أجل ان التملك موقوف على مراجعه الحاكم كما يظهر من عباره المجله فتـدبره: ثم ان هـذا التملـك القهرى على المشترى- الاختيـارى للشـفيع ليس بيعـا و شـراء آخر و لا صـلحا و لا عقـدا من العقود بل هو معامله أخرى من المعاوضات جعلها الشارع بهذا النحو و بتلك الكيفيه و لكنها بمنزله الشراء فى قضيه دفع الثمن و أخـذ المثمن و هـذا المقـدار لا يكفى فى ترتب جميع آثار البيع فيشـكل فى ماده (١٠٣٧) تملك العقار بمنزله الشـراء ابتداء بناء عليه الاحكـام التى تثبت بالشـراء ابتـداء كـالرد بخيار الرؤيه و خيار العيب تثبت فى العقار المأخوذ بالشـفعه أيضا،، و تحرير هـذا البحث بصوره وافيه ان النظر فى قضـيه الخيـارات فى بـاب الشـفعه يقع فى ثلاث جهات ما أشارت [المجله] الا الى النزر الضـئيل منها «الاولى» فى الخيارات بين البائع و المشترى و انه هل تثبت الشـفعه بمجرد العقد أو لا تثبت الا بعد انقضاء زمن الخيار فنقول ان الخيـار امـا ان يكون للبـائع فقط أو للمشترى كـذلك أو لهما فان كان للبائع فقـد قال بعض أصـحابنا انه لا شـفعه حتى ينتهى الخيـار لاـن الانتقـال و ان حصـل و لكنه متزلزل فلاـ شـفعه إلاـ بعـد اسـتقراره و كـذا لو كان الخيار للبائع فقط اما لو كان الخيار للمشترى فقط فقد استقر من جهه

البائع و لزم فتأتی الشفعه و هو کما تری فیه للخدشه مجال واسع و التحقیق ان الشفعه تدور مدار العقد المؤثر للانتقال و تزلزله لا یمنع منها بأی وجه کان نعم علی القول بان الخیار یمنع من أصل الانتقال بالعقد و لا یحصل اثر البیع الا بانقضاء زمن الخیار یتم ما ذکر.

[الثانیه] انه لو کان للمشتری خیار و أخذ الشریک بالشفعه هل یسقط خیاره لعدم الفائده له من اعمال الخیار إذ لیس قصده الا استرداد الثمن و لا أقل من تخلصه بالفسخ من عهده التدارک للشفیع فان الشفیع یأخذ من المشتری لا من البائع و علیه تدارک المبیع لا علی البائع و هذا هو الأقوی.

[الثالثه] بعد ان کان مما لا ینبغی الإشکال فی ان الخیارات العامه کخیار العیب و الغبن و الرؤیه و الشرط و أمثالها مما یعم دلیلها جمیع المعاوضات بیعا أو غیره تجری فی الشفعه ضروره انها و ان لم تکن بیعا و لکنها لا تخرج عن حظیره المعاوضات فکما یثبت للمعاوضات یثبت للشفعه إنما الکلام فی الخیارات الخاصه بالبیع کخیار المجلس مثلا هل یجری فی الشفعه و حیث علمنا ان الشفعه لیست بیعا قطعا و ان خیار المجلس یختص بالبیع نتج من هاتین المقدمتین عدم الریب فی عدم جریان خیار المجلس و خیار التأخیر و نحوهما فیها و بهذا ظهر انه لو ظهر فی المبیع المشفوع به عیب بعد الأخذ فإن کان الشفیع و المشتری قد کانا عالمین به فلا خیار و ان کانا جاهلین فالخیار للشفیع فان رده علی المشتری کان له الخیار أیضا و لو کان المشتری عالما به دون الشفیع کان للثانی الخیار فقط ثم بعد ان عرفت ان الشفعه حق و انها حق مالی تعرف یقینا انها

تورث بموت من له الحق و يشملها عموم (ما ترك الميت من حق فهو لوارثه) فلو مات الشفيع قبل ان يأخذ سواء بعد علمه أو قبله حيث لا ينافى الفوريه العرفيه كان لوارثه أن يأخذ بها لأنها حق مالى و كل حق مالى يورث أما أرباب المذاهب فقد اختلفوا فالمنقول عن الحنفى انه لا يورث و عليه جرت (المجله) ماده (۱۰۳۸) لو مات الشفيع قبل ان يكون مالكا للمشفوع لم ينتقل حق الشفعه إلى ورثته،، و وافقهم جماعه من عظماء فقهائنا المتقدمين استنادا إلى روايه طلحه بن زيد و هى ضعيفه السند مهجوره عند الأكثر و قد استقر المذاهب أخيرا على ان الشفعه تورث كسائر الحقوق الماليه و وافقنا عليه مالك و الشافعى،،،

ماده [۱۰۳۹] لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع – يسقط حق شفعته،

بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع انما يصح حيث لم يدفع الشفيع الثمن اما مع دفع الثمن فقد عرفت انه يملكه و ينتقل من ملكيه المشترى و لا حق له فى البيع أصلا إلا فضولا عن الشفيع

ماده «۱۰۴۰» لو بيع ملك عقارى آخر متصل بالملك المشفوع لا يكون شفيعا لهذا العقار الثانى،،،

قد عرفت ان الجوار لا اثر له فى ثبوت الشفعه حتى بعد تملك الشفيع فضلا عما قبله،،،

ماده «۱۰۴۱» الشفيع اما ان يأخذ الجميع أو يترك الجميع و ليس له التبعيض

و لعل هذا من المتفق عليه عند جميع المذاهب حتى الإماميه

ماده (۱۰۴۲) ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم لبعض و ان فعل أسقط حق شفعته،،،

هـذا المنع لاـ وجه له و النـاس مسـلطون على أموالهم يهبون و يـبيعون لمن شـاءوا نعم إذا نقـل الشـريك حصـته الى شـريكه أو الأجنبى زال عنه حق الشـفعه لزوال الموضوع و هو الشـركه و هـذا جد واضح، إنما الاشـكال و المعضل فيما لو باع أو وهب بعد بيع شـريكه و قبل الأخـذ حيث لا ينافى الفوريه يعنى باع أحـد الشـريكين حصـته قبل ان يعلم بان شـريكه قـد باع قبله فهل له ان يأخـذ بالشـفعه مع انه قد باع حصـته أم لا «وجهان» للأول الاسـتصـحاب و للثانى زوال الموضوع بل زوال عله الحكم فان الغرض من الشـفعه ان لاـ يـدخل على الشـريك شـريك أجنـبى قـد لاـ يتلاـيم معه و لاـ يحسن معاشـرته و هـذا الـوجه قـوى و ان كـان الاسـتصحاب أيضا لا يخلو من قوه و المسأله كما قلنا مشكله.

ماده «۱۰۴۳» ان أسقط أحد الشركاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر ان يأخذ تمام العقار،،،

لاـ نعرف لهـذا الفرق وجها بل الشـفيع إذا أسـقط حقه قبل الحكم أو بعـده فقـد سـقط حقه و صارت الشـفعه للباقين على القول بثبوتها مع التعدد.

ماده «۱۰۴۴» لو زاد المشترى على البناء المشفوع.

هـذا نظير من اشترى عينا للبائع خيار فيها و أحـدث المشترى فيها بناء أو صـبغا أو غير ذلك فان تصـرفه مشـروع و إذا فسخ البائع بخيـاره لزمه التـدارك و دفع قيمه ما أحـدثه المشترى و ليس له ان يجبره على القلع بعـد ان كان تصـرفه مشـروعا و للمشترى ان يمتنع عن رده الى البائع قبل أخذ حقه و هكذا الكلام بعينه فى الشفيع مع المشترى كما نصت عليه

«المجله» فالشفيع بالخيار ان شاء ترک و ان شاء تملک المشفوع بإعطاء ثمنه و قيمه الأبنيه و الأشجار.

إلى هنا انتهت مواد المجله فى كتاب الشفعه

و قد بقى بحثان مهمان تعرض لهما الفقهاء

اشاره

منا و من القوم و لم تتعرض لهما «المجله» أصلا و لو على سبيل الإيجاز

(الأول) الحيل الشرعيه الموجبه لسقوط الشفعه

و حيث اننا لا نحب الحيل مهما كانت و الناس بحمد اللّه قد أصبحوا أحيل من ان يحتاجوا الى من يعلمهم الحيله فلا حاجه الى ان نسقى السيف سما و نضع ضغثا على اباله إذا فترک هذا البحث اولى، و يكفى لمن يريد التخلص من شفعه الشريک ان يستبدل البيع بالصلح أو الهبه المعوضه بناء على ما هو الحق من انها ليست بيعا و ان العوض لذات الهبه لا للعين و البيع مبادله مال بمال و هنا مبادله عمل بعمل و المال تبع غير مقصود بالأصاله.

(البحث الثانى) مسائل النزاع و الخلاف

اشاره

الذى اعتادت (المجله) ان لا تذكر منه شيئا فى كل كتاب مع أهميته اما فقهاؤنا رضوان اللّه عليهم فقد التزموا على الغالب فى متون مؤلفاتهم و مختصراتها فضلا عن الموسوعات و المطولات ان يذكروا آخر كل كتاب من البيع و الإجاره و سائر العقود- عده مسائل من أنواع الخلاف و التنازع بين المتعاقدين كتمرين للفقيه على القضاء و الحكم و قد ذكروا فى آخر كتاب الشفعه جمله وافيه من مسائل التنازع المتصوره فيها بعضها واضحه و بعضها فى غايه الإشكال

فمن تلك المشكلات- ما لو ادعى المشترى زياده الثمن فقال مثلا اشتريته بمائه و أنكر المشترى فقال بخمسين فظاهرهم الاتفاق على ان البائع معزول فى هذه القضيه فلا يقبل قوله أصلا سواء شهد للمشترى أو للشفيع لأنه فى المقام متهم من جهه التدارك أو غيرها و هو و ان كان على إطلاقه محل نظر واضح و لكن لنفرض الكلام فيما لو لم تكن شهاده للبائع اما لموته أو غيبته أو نحو ذلك فان كانت لأحدهما بينه فهى المتبعه و ان لم تكن فقد تعقدت القضيه و اعضلت و لذلك اضطربت كلمات الأصحاب أشد الاضطراب و قام الخلاف على ساق فى هذه و فى نظيرتها و هى ما إذا اختلف المشترى و البائع فى الثمن الذى جرى عليه العقد زياده و نقيصه، و سر الإعضال فى القضيه ان من المعروف و الواضح المكشوف ان طالب الزياده فى كل مقام هو المدعى و ان منكرها هو المنكر و على هذا الملاك فالمشترى المدعى لزياده الثمن هو المدعى و الشفيع هو المنكر فيكون القول قوله بيمينه، و نظرا الى ان المشترى لا دعوى له على الشفيع أصلا و المدعى هو الذى لو ترك ترك و هذه صفه الشفيع هنا فإنه هو الذى يطالب و يريد انتزاع العين من مالكها المشترى قهرا عليه و الأصل عدم تسلطه على مال الغير بقوله و بالمقدار الذى يدعيه فبهذا الملاك صار الشفيع مدعيا لا منكرا و يلزم ان يكون القول قول المشترى لا قوله، فتعارضت الجهات و تدافعت الأصول و قامت الحيره فى ان لأيها الترجيح؟ و على ايها يكون العمل؟ فمال كل فقيه إلى جهه و أخذ كل واحد بترجيح ناحيه و تضاربت الأفكار و كثر الرد و الإيراد

حتی ان بعض فقهائنا المتأخرین کتب فیها ما یقرب من عشر صفحات من کتابنا هذا؟ و المسأله هنا خالیه من النص نعم فی قضیه تنازع المشتری و البائع وردت روایه بتقدیم قول البائع و قد عمل بها جماعه من الأساطین علی ضعف سندها و أراد جماعه ان یطردوها حتی إلی مسألتنا هذه اعنی تنازع الشفیع و المشتری و لعله أشبه بالقیاس و هو تعدیه حکم موضوع الی موضوع آخر،،،؟ و الذی نراه بعد هذا کله ان القول قول المشتری بیمینه لا قول الشفیع فإنه هو المدعی و ان أنکر الزیاده و لکنه یدعی استحقاق العین بذلک المقدار و الأصل عدمه مضافا الی انه هو المطالب و هو الذی لو ترک ترک و المشتری لا یدعی علیه شیئا و لا- یطالبه بشیء و لیت الشفیع ترکه و مضی لسبیله، و کل هذا واضح و انما أوقع الارتباک قضیه دعوی الزیاده من المشتری فأوهم انه مدع مع أن قضیه الزیاده لیست بمیزان مطرد نعم الغالب ان مدعی الزیاده یکون مدعیا و منکرها هو المنکر و لکن لا یتمشی ذلک فی کل مورد فإن قضیه البائع و المشتری هناک و قضیه الشفیع و المشتری هنا لها خصوصیه أخری قلبت القضیه و غیرت مجاری الأصول فتدبرها جیدا و به المستعان.

و علی هذا یبتنی ترجیح احدی البینتین علی الأخری لو قدماها معا فان قلنا بان القول قول الشفیع و قلنا بتقدیم بینه الداخل قدمت بینته و الا فبینه المشتری و العکس بالعکس و التحقیق موکول الی محله.

(و منها) ما لو أقر أحد الشریکین بأنه قد باع حصته من أجنبی و أنکر الأجنبی الابتیاع

قیل تثبت الشفعه نظرا إلی الإقرار و قیل لا تثبت

لأنها موقوفه على ثبوت الابتياع و تحقق الانتقال و لم يثبت، و التحقيق انه يلزم ان يعلق ثبوت الشفعه على ثبوت البيع فان حكم على الأجنبى ببينه و نحوها انه قد ابتاع تثبت الشفعه و الا فلا و الإقرار وحده هنا لا يكفى،،،

(و منها) ما لو اختلف الشريكان فى التقدم و التأخر

و فيها صور كثيره فادعى ان شريكه قد اشترى بعده فله حق الشفعه عليه فأنكر ذلك حلف المنكر ان ليس لخصمه حق شفعه عليه و لا يلزمه اليمين انه قد اشترى قبله اما لو ادعى كل منهما انه قد اشترى قبل الآخر لتكون له الشفعه فالقضيه من باب التداعى يتحالفان ان لم تكن بينه فتثبت الشركه و تسقط الشفعه و كذا إذا جاء كل واحد ببينه اما لو انفرد أحدهما بها فالشفعه.

(و منها) ما لو اعترف البائع و المشترى ان الثمن المعين غصب و البيع فاسد و أنكر الشفيع و لا بينه

فاللازم رد العين حسب اعترافهما الى المالك و الشفيع يأخذ الشقص بالشفعه و يدفع مثل الثمن أو قيمته إلى المشترى فيدفعه إلى البائع يأخذه مقاصه عن شقصه و اعترافهما لا اثر له فى حق الشفيع لأنه إقرار فى حق الغير فان ادعيا عليه العلم يحلف انه لا يعلم بكونه غصبا، اما لو اعترف البائع و الشفيع دون المشترى أو الشفيع و المشترى دون البائع فلا شفعه و يستخرج باقى حكم هذه الصور بالتأمل من الفقيه الماهر و قد ذكر فقهاؤنا قدست أسرارهم هنا فروعا كثيره، و فروضا نادره، تدل على غزاره علم، و نابعيه فضل و فقاهه عاليه لا احسبها توجد

عنـد امه من الأمم و من أراد تصـديق ذلك فليراجع الموسوعات من كتب الإماميه ان كان من أهل الفن ليعرف اننا لم نذكر لهم الا بعض ما يسـتحقون، و جزى اللّه جميع علماء المسـلمين و عامه فقهائهم خير جزاء المحسـنين و نفعنا بعلومهم و جمعنا و إياهم فى الرفيع الأعلى مع النبيين و الشهداء و الصديقين و حسن أولئك رفيقا، و نختم هنا كتاب الشفعه راغبين اليه تعالى فى أن يشفع فينا أولياءه الذين لا يشفعون الا لمن ارتضى و آخر دعواهم ان الحمد للّه رب العالمين.

ص: ۱۹۹

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

الكتاب العاشر (فی أنواع الشركات

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثمانيه أبواب)

المقدمه فى (بيان بعض الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بأنواع الشركات)

اشاره

ماده (۱۰۴۵)

الشركه:

فى الأصل هى اختصاص ما فوق الواحد بشى ء و امتيازهم به لكن تستعمل أيضا عرفا و اصطلاحات فى عقد الشركه الذى هو سبب لهذا الاختصاص فتقسم الشركه بناء على هذا الى قسمين.

تحرير هذا البحث كما ينبغى بل كما يجب- ان الشركه بحسب وضعها اللغوى و استعمالها العرفى- هى مطلق اجتماع اشخاص فى شى ء بجهه جامعه سواء فى العين أو الدين أو المنفعه أو الانتفاع أو الحق فمن أباح طعاما

لجماعه فهم شـركاء فيه و ان كانوا لا يملكون عينه و لا منفعته بل يملكون الانتفاع به و كذا من أباح لشخصـين أو أكثر المطالعه فى كتـابه و من هنـا يعلم ان الشـركه فى المباحـات العـامه انما هى بهـذا المعنى اى بالمعنى اللغوى العرفى لا الاصـطلاحى أعنى اصـطلاح الفقهاء فإنه قـد تخصـص عنـدهم بمعنى اختلفت تعبيراتهم عنه و حيث ان الشـركه تتحقق عنـدهم فى العين و الدين و الحقوق و المنافع فأرادوا تعبيرا يعم كل هذه النواحى فعرفها مشـهور فقهائنا بأنها اجتماع حقوق الملاك فى الشـى ء الواحد على سبيل الإشاعه و أرادوا بالشـى ء الواحـد الشخصـى لا النوعى أو الجنسـى و اخرجوا بالقيد الأخير ما لو اشتركوا فى بسـتان مثلا أو دار و لكن لا ـ على الإشـاعه بـل على ان لأحـدهما الجـانب الشـرقى و للآـخر الغربى و أمثـال ذلك و مع انه أقرب التعاريف إلى الحقيقه قـد أطالوا النقض و الإبرام و الطرد و العكس مما لا حاجه و لا فائـده فيه، و لعل أسـلم منه و أقرب الى الحقيقه ان يقال- الشـركه اسـتحقاق أكثر من واحد لشـى ء واحد على الإشاعه ثم ان لهذا الاسـتحقاق أسبابا و له بعد تحققه احكام اما أسبابه فهى نوعان «قهريه» و «اختياريه» و القهريه أيضا نوعان نوع بجعل الشارع و آخر بأسـباب اتفاقيه أخرى فمن الأول- الميراث ضروره ان جميع الورثه يشـتركون فى ملكيه الـتركه كمـا يشترك بعضـهم فى مقـدار منهـا «فهم شـركاء فى الثلث» «و من الثـانى» فاختلا ـط المـالين قهرا بحيث لا ـ يمكن تمييز أحـدهما عن الآخر عاده و من هـذا القبيل الوصـيه بالثلث لجماعه أو وقف ملك على جماعه «أما الاختياريه» فلها أسباب كثيره

(أحدها) مزج المالين بحيث لا يتميزان سواء كان بفعلهما أو فعل أجنبى (ثانيها) العقد بان يشتريا أو يستأجرا دارا على الإشاعه فيدفع كل منهما قيمه نصيبه من ماله فيشتركان فى ملكيه الدار و ملكيه منافعها (ثالثها) الحيازه كما لو اشتركا فى حيازه سمك أو أخشاب أو حطب أو صيد (رابعها) احياء موات كما لو اشتركا فى إحياء أرض موات فإنهما يشتركان فى ملكيتها على حسب عملهما أو اتفاقهما- هذه أهم أسباب الشركه بمعنى اجتماع الحقوق فى الشى ء الواحد أو كما قلنا- استحقاق أكثر من واحد لشى ء واحد، و لكن المهم ان تعرف ان هذه الأنواع من الشركه ليست هى المراد من الشركه التى أفرد لها الفقهاء كتابا ذكروه ضمن أبواب العقود و المعاملات «المراد بها عقد خاص يقصد منه الاسترباح و الاكتساب من الشخصين أو أكثر بمالهما بعد المزج و انما ذكروا تلك الأسباب من باب المقدمه و الاستطراد حيث ان الشركه بهذا المعنى تتوقف على المزج و هو يحصل تاره بالاختيار و اخرى بأسباب أخرى كما عرفت و من هنا يتضح لك الخلل البارز فيما ذكرته «المجله» فى هذه الماده حيث جعلت العقد من أسباب الشركه بمعنى الاختصاص مع ان عقد الشركه الذى يبحث الفقهاء عنه فى كتاب الشركه المندرج فى أبواب المعاملات يتوقف على الشركه بمعنى اجتماع المالين و امتزاجهما و ليس عقد الشركه سببا للاختصاص أو الامتزاج أصلا نعم قد يكون العقد سببا للاختصاص أو الامتزاج كما عرفت فيما لو اشتريا دارا على الإشاعه و لكن ذاك عقد بيع أو إجاره لا عقد الشركه الذى يقصد به الاسترباح و التكسب الذى

لا يحصل و لا يتحقق الا بعد امتزاج المالين قهرا أو اختيارا فعقد الشركه يتوقف على الاختصاص و الامتزاج و هما سبب له لا هو سبب لهما كما تقول «المجله» فتدبره، و عقد الشركه للاسترباح هو القسم الثانى المذكور هنا و الذى سيأتى تفصيله فى الباب السادس، و قد تداخل الموضوع و اختلط البحث على أرباب «المجله» كما اختلط على جماعه من غيرهم فاحتفظ بهذا، ثم ان محل اجتماع الحقوق كما قلنا أو الاختصاص كما تقول المجله لا يخلو اما ان يكون عينا أو دينا أو منفعه أو حقا- اما الانتفاع فقد عرفت انه خارج عن الشركه الاصطلاحيه و مثله الشركه فى المباحات العامه فإنها من قبيل الحكم لا الحق و من قبيل انه ملك ان يملك و انه مالك فعلا، و ذكر بعض الشراح ان تقسيم الشركه إلى عين و دين من قبيل تقسيم الشى ء إلى نفسه و الى غيره فان الدين لا- ملك و لا- منفعه بل هو وصف شرعى ثم دفع هذا الإشكال بأنه و ان لم يكن مالا فعلا و لكنه مال بالمال انتهى، و أنت خبير بسقوط هذا الاشكال من أصله فإن الدين مال فعلا باعتبار العقلاء، و لذا يباع و يشترى كغيره من الأعيان الخارجيه و الشركه فيه واضحه و أوضحها مثالا ما لو مات و له دين على شخص فإن الورثه يشتركون فيه بأجمعهم و كذلك الشركه فى المنافع و الحقوق، و من الأخير إرث حق الخيار أو جعل الخيار لاثنين أو أكثر مشتركين لا على نحو الاستقلال.

و من جميع ما ذكرنا اتضحت ماده «۱۰۴۵» و هى الأولى من

كتاب الشركه اما ما بعدها من المواد إلى ماده «١٠۶٠» فينبغى أو يجب حذفها تماما من المجله- إذ أى عربى أو متعرب لا يعرف ان معنى الحائط هو الجدار. و الماره عباره عن المارين أو القناه أو المسناه أو ان رأس المال هو السرمايه و هو ترجمه العربى بالفارسى و هلم سحبا إلخ.

الباب الأول فی (بیان شرکه الملک

اشاره

و یشتمل علی ثلاثه فصول)

«الفصل الأول» فی (تعریف شرکه الملک و تقسیمها)

ماده «۱۰۶۰» شرکه الملک هی کون الشی ء مشترکا بین اثنین فأکثر هذا تفصیل ما تقدم من الإجمال لبیان أسباب الاشتراک فی المال الواحد و الشـی ء یشمل کل ما یمکن تحقق الشرکه فیه من العین و الدین و الحق و المنفعه سواء وقعت بأسبابها القهریه أو الاختیاریه ثم إذا تحققت الشـرکه بأحد تلک الأسـباب ترتبت علیها احکام بعضها من حیث تصرف الشرکاء أو بعضهم و بعضها من حیثیات اخری- و من الثانی ان

التلف بعد الشركه كلا- أو بعضا يكون على جميع الشركاء بنسبه حصصهم إذا لم يكن المتلف أحدهم فلو تلف النصف و الشركاء اثنان كان من كل واحد ربع و هكذا و عليه يبتنى ماده (۱۰۶۱) فلو كان لرجل دينار و لآخر من جنسه ديناران فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لا- يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منها يكون الباقى مشتركا بينهما مثالثه ثلثاه لصاحب الدينارين و ثلثه لصاحب الدينار،،، و لكن لعلك عرفت مما مر عليك فى الأجزاء السابقه ان هذه القضيه لا تبتنى على قاعده الشركه لأن المالين لم يمتزجا امتزاجا حقيقيا بل و فى بعض الصور قد لا يكون مزج أصلا كما فى مسأله الودعى الذى استودعه رجل درهما و آخر درهمين فتلف درهم لا يعلم انه من صاحب الدرهم أو من صاحب الدرهمين و توزيعه عليهما بالنسبه هو مقتضى قاعده العدل سواء كانت هناك شركه أم لا و اعلم ان شركه المزج تكون تاره (ظاهريه) و هى التى يتطرق فيها احتمال التمييز كما فى قضيه الدراهم و أمثالها (و حقيقيه) و هى التى يستحيل فيها التمييز عاده أو واقعا كامتزاج المائعات من جنس واحد و كامتزاج الدقيق و نحوه و فى الأولى تكون القسمه ظاهريه مراعاه ببقاء الاشتباه فإذا زال أمكن زوال الحكم و بطلان القسمه و فى الثانيه يكون دائميا لا مجال لبطلانه، و بقيه المواد قد سبق بيانها و هى واضحه، و قد شرعت «المجله» فى بيان القسم الثانى من أحكام الشركه أعنى ما يتعلق بتصرف الشركاء الذى يتكفل به.

(الفصل الثانی) [فی] (بیان کیفیه التصرف فی الأعیان المشترکه)

اشاره

سواء کانت من العقارات أو الحیوانات أو الأطعمه أو الحبوبات أو غیرها.

ماده (۱۰۶۹) کیف ما یتصرف صاحب الملک المستقل فی ملکه یتصرف أیضا فی الملک المشترک أصحابه بالاتفاق کذلک.

لاـ یخفی مـا فی العبـاره من التعقیـد و التشویه و المراد ان الشـرکاء یتصـرفون بالاتفاق کما یتصـرف المالک فی ملکه المسـتقل فمجمـوعهم کواحـد و واحـدهم کالأـجنبی لیس لـه التصـرف بـدون إذنهـم و علیـه یتفرع مـاده (۱۰۷۰) یسوغ لأصـحاب الـدار المشترکه أن یسـکنوا فیها جمیعا لکن إذا أدخل أحدهم أجنبیا فللآخر منعه، علی ان هذا الاسـتدراک مستدرک فان للآخر المنع مطلقا و مثلها ماده (۱۰۷۱) التی مفادها جواز تصرف الشریک بإذن شریکه الذی علم مما سبق و الاستدراک بقوله:

لکن لا یجوز ان یتصـرف تصـرفا مضـرا بالشـریک مسـتدرک أیضا فإن الضرر حرام مطلقا و لا حاجه الی بیانه هنا (۱۰۷۲) لیس لأحد الشریکین ان یجبر الآخر بقوله اشتر حصتی أو بعنی حصتک غیر ان المحل المشترک

ان كان قابل القسمه و الشريک ليس بغائب يقسم و ان كان غير قابل القسمه فلهما التهايؤ كما يأتى تفصيله فى الباب الثانى،، و لكن إذا كان الشريک غائبا لا تبطل القسمه مع طلب أحد الشركاء بل يرفع امره الى حاكم الشرع فينذره أو ينذر وكيله فان لم يحضر أحدهما سقط حق حضوره و تولى الحاكم القسمه لأنه ولى الغائب و الممتنع و كذا لو لم يمكن مراجعه الغائب كمجهول المحل أو الحياه فإن مثل هذه الأمور العامه من وظائف الحاكم و لا يجوز فى حفظ النظام تعطيلها و لو لا نصب الحاكم لمثل هذه الحوادث لاختل النظام و تعطل كثير من الاحكام و ساءت حاله الإسلام.

ماده (۱۰۷۳) الأموال المشتركه شركه الملک تقسم حاصلاتها بين أصحابها على قدر حصصهم

فإذا شرط أحد الشريكين فى الحيوان المشترک شيئا زائدا على حصته من لبن ذلک الحيوان أو نتاجه فلا يصح لا ريب ان منافع الملک هى لأرباب الملک على حسب حصصهم و لكن ذكر الشرط لا محل له هنا أصلا ضروره ان الكلام فى الشركه بمعنى اجتماع الحقوق لا الشركه العقديه التى ستأتى فى الباب السادس و هى التى تقبل الشرط و عدمه اما هذه فلا مجال فيها للشروط أصلا فتدبره جيدا.

ماده (۱۰۷۴) الأولاد فى الملكيه تتبع الام مثلا إذا كان لواحد حصان فعلا على فرس آخر

فالفلو الحاصل لصاحب الفرس كذلک إذا كان لواحد حمام ذكر و لآخر أنثى فالفراخ الحاصله منهما لصاحب الأنثى

هـذا الحكم ليس له كثير علاقه بمباحث الشـركه إلا بمقدار التنبيه على ان النتاج الحاصل من فحل شـخص و أنثى آخر لا يكون مشتركا بينهما بل يختص به مالك الأم لأنه يعد عرفا نماء ملكه كالثمره فإنه يتبع الشجره لا فحل اللقاح و لا يختص هذا بالحيوان بل يجرى حتى فى الإنسان المملوك فإنه يكون لمالك امه لا لمالك أبيه و لا لهما معا الا مع الشرط كما هو محرر فى محله.

ماده (۱۰۷۵) كل واحد فى شركه الملك (بل و فى غيرها) أجنبى فى حصه الآخر.

ليس واحد وكيلا عن الآخر- إلخ.

هـذه المـاده على طولهـا من غير طائل و مع ما فيها من تعقيـد العباره و سوء البيان قـد اشـتملت على حكم جزافى يخالف قاعـده الشـركه و قـد عرفت ان كل واحـد من الشـركاء نسـبته وحده الى المال المشترك نسـبه الأجنبى إليه سواء بسواء فلا يجوز له اى تصـرف بـدون اذن الباقين فلو تصـرف و تلف المال بيده يكون ضامنا و لو مع عدم التعدى و التفريط لأنها يد عاديه إذ كل جزء يفرض فهو له و لشـركائه فيكون المقـام من قبيـل اجتمـاع الملاك على الشـى ء الواحـد لا الملاك على أشـياء و كل واحـد من أصـحاب الدار المشتركه لا يعتبر صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال بل صاحب ملك ناقص و ملكيته ضيقه يزاحمه فيها جماعه آخرون و هم شـركاؤه فلا حق له فى دخول و خروج فضـلا عن اعاره و اجاره بـدون إذنهم فلو سـكن الـدار بغير رخصـه منهم و انهدمت ضمن حصصهم و ان لم يكن بتعد منه أو تفريط كل ذلك قضاء لمعنى الشركه و لوازمها الطبيعيه

مؤيـده بالقواعد الشـرعيه، و كان القوم توهموا ان حقيقه الشـركه كون كل شـريک يملک جزء فی الدار غير الجزء الذی يملکه الآخر و هو معنی لا محصل له و ان کان ربما يدور علی لسان بعض المتفقهه، و يتفرع علی ما ذکرنا انه لو سکن الدار بدون اذن شريکه لزمته الأجره لحصه شـريکه سواء أشغل الدار کلها أو بعضها فان البعض الذی اشغله هو له و لشريکه إذ لا قسمه فی البين فتلزمه اجره ما اشـغله بالنسـبه و الا لتساوی المشاع و المقسوم فالحکم بعـدم الضـمان و عدم الأجره حکم جزافی غريب و أغرب منه ماده (١٠٧۶) إذا زرع أحد الشـرکاء فی الأراضی المشترکه لا صلاحيه للآخر فی طلب حصته من الحاصلات علی عاده البلد مثل ثلث أو ربع لکن إذا نقصت الأرض بزراعته فله ان يضمن الشريک الزارع قيمه نقصان حصته.

بل الصـحيح حسب الأصول و القواعـد ان له اجره المثل لإعاده البلـد إلا إذا ساوت اجره المثل بل الأصـح ان الشـريک مخير فی هـذه الصوره بين قلع الزرع و بين إبقـائه بالأـجره إلی حين حصـاده مضافـا الی أجره المـده السـابقه و هکـذا الغرس و البناء و لو نقصت الأـرض کـان له مع ذلـک أرش النقيصه و عليه يبتنی ان أحـد الشـريکين بـدون اذن الآـخر سواء قبض الأـجره أم لا فهو فضولی و الشـريک مخير بين الإجـاره و الرد و ترجع الأجره لصاحبها و لو تلفت کان علی المؤجر ضـمانها علی تفاصـيل ذکرت فی بـاب الفضولی و من هنـا ظهر الخلـل فی ماده (١٠٧٧) أحـد الشـريکين إذا آجر لآـخر المال المشترک و قبض الأجره يعطی الآخر

حصته منها.

لا- بل الآخر مخير بين الإجازه فيأخذ حصته منها و بين الرد فلا اجازه و لا اجره، و أشد ضعفا و وهنا ماده (۱۰۷۸) يسوغ للحاضر ان ينتفع بقدر حصته من الملك المشترک فی حال غيبه الشريک الآخر إذا وجد رضاه دلاله على الوجه الآتی بيانه.

ماده (۱۰۷۹) انتفاع الحاضر بالملک المشترک بوجه لا يضر الغائب يعد رضا من الغائب.

كلا- بل إذا قامت اماره قطعيه على رضاه جاز الانتفاع بمقدار سعه الاذن و ضيقه و مع عدمها لا يجوز أصلا أضر أم لم يضر.

ماده «۱۰۸۰» لا يوجد من الغائب رضا دلاله على الانتفاع بالملک المشترک المختلف باستعمال المستعمل

فلا يجوز لبس الألبسه المشترکه فی غياب أحد الشريکين و کذا البرذون- اما فی الأشياء التی لا تختلف باختلاف المستعمل مثل حرث و تحميل فله استعماله بقدر حصته کما لو غاب أحد الشريکين فی الخادم المشترک فللحاضر استخدامه فی نوبته.

هـذه المـاده کمـا ترى مثل أغلب مواد هـذا الفصل مختله التراکيب مشوهه الأساليب کأنها رطانه أعجميه لا عباره عربيه، و مبانی هـذه المواد بعضـها استـحسان و بعضـها جزاف لاـ يساعـد عليه عرف و لاـ قيـاس و الاـ فـأی فرق بين الألبسه المشترکه و رکوب البرذون المشترک فلا يجوز و بين التحميل و الحرث و اسـتخدام الخادم المشترک فيجوز و ان کان المراد قضـيه المهايأه فهی لا تتحقق الا مع التراضی أو الخصومه کما سيأتی و على فرضها

فلتكن فى المقامين و لتطرد فى جميع الأمثله المذكوره فما وجه التفصيل بغير دليل.

و مثلها ماده (۱۰۸۱) السكنى فى الدار لا تختلف،،،

فان سكنى كل واحد منهما سته أشهر- ان كان مهايأه فهى موقوفه على التراضى أو الخصومه و هو خلاف ظاهر الفرض و هو غياب أحد الشريكين و ان لم يكن مهاياه و تراضى فكل منهما فعل حراما بتصرفه بدون رضا شريكه و عليه الأجره قليله كانت العائله أو كثيره غائبا كان أحدهما أو حاضر أنعم فى غيبه أحد الشركاء و عدم وكيل له و عدم التمكن من استيذانه أو امتناعه من الاذن يراجع حاكم الشرع لصحه تصرف الباقين حسب ما يراه.

اما- ماده (۱۰۸۲) لا يجوز للحاضر ان يسكن فى حصه الغائب المشتركه إذا كانت الحصص مفرزه،،،

فهى خروج عن موضوع الشركه إذ لا شركه بعد الافراز فذكرها هنا فضله مستدرك، و كذا ماده «۱۰۸۳» المهايأه إنما تجرى و تعتبر بعد الخصومه فإذا سكن، الى آخرها،، فهى أيضا مختله بألفاظها و معانيها، و تراكيبها و مبانيها، أما (أولا) فالمهاياه كما تجرى فى صوره الخصومه تجرى فى صوره التراضى (ثانيا) لا وجه للحكم بأنه لا يسوغ له ان يطالبه بالأجره عن المده «ثالثا» لا وجه للتفصيل بين صوره الحضور و الغيبه غايته انه مع الغيبه المنقطعه التى يتعذر أو يتعسر مراجعه الشريك فيها يراجع حاكم الشرع كما سبق، و حيث عرفت ان

أكثر مواد هذا الفصل مختله، و تراكيبها كمبانيها منحله، فالأولى إعطاء الضابطه الكليه و الفذلكه التى يعلم منها حال سائر الفروع و الفروض فنقول انک قد عرفت انه ليس لأحد الشركاء ان يتصرف بالمال المشترک بدون اذن الآخرين بأى تصرف كان فان تصرف بغير اذن منه أو من وكيله أو من حاكم الشرع فان كان التصرف فعلا من الافعال فهو حرام و لزمته الأجره و الضمان لو تلفت العين الا على قول من يقول بأن الأجر و الضمان لا يجتمعان و لكن يظهر من المجله فى الماده المتقدمه «۱۰۷۵» لزوم الضمان فيما لو أعار البرذون أو آجره و تلف مع لزوم الأجره للشريک لو حمله بدون اذن و إذا زرع أحد الشركاء الأرض المشتركه بدون اذن الباقين كان الزرع له على ما سبق مكررا من ان الزرع لصاحب البذر و عليه الأجره لأرباب الأرض فيدفع للشركاء اجره حصصهم منها و ما ذكروه فى ماده «۱۰۸۵» فهو على طول بيانه و قصور تعبيره يرجع الى مهاياه قهريه بين الغائب و الحاضر أو النصف و النصف الآخر من غير تراض و لا خصومه، نعم لو رجع الى الحاكم مع تعذر استيذان الشريک و أجاز له ذلک صح و لا ضمان عليه حينئذ مع فرض التلف نعم أجره حصه الشريک لا بد منها،،، هذا كله إذا كان التصرف فعلا من الافعال كسكنى الدار أو لبس الثوب و نحوها، اما لو كان قولا كما لو باع أو آجر الجميع أو حصه الشريک وحدها فهو فضولى موقوف على الإجازه و لا يجوز ان يسلم العين و لو سلمها ضمن و صار تصرفا فعليا مع التصرف القولى كما انه لو استلم

الثمن كان امانه بيده لدافعه يجرى عليه حكم الأمانات المالكيه، هذا كل ما ينبغى أو يجب ان يقال فى هذا الموضوع و عليك بتطبيق كل فرع على هذا الأصل، و منه يتضح حال بقيه المواد المذكوره فى هذا الفصل و ما فيها من صحه و فساد، نعم ماده (۱۰۸۹) بعض الورثه إذا بذر الحبوب المشتركه بإذن الباقين الكبار أو وصى الصغار فى الأراضى الموروثه تصير جمله الحاصلات مشتركه بينهم و لو بذر أحدهم حبوب نفسه بالحاصلات له خاصه لكن يكون ضامنا لبقيه الورثه حصه نقصان الأرض على زراعته.

و ان كانت تطابق ما ذكرنا من ان الزرع لأرباب البذر و لكن الضمان ليس لنقصان الأرض فقط بل يضمن أجره الأرض أيضا و ماده «۱۰۹۰» إذا أخذ أحد الورثه مبلغا من التركه و اتجر به قبل القسمه و خسر يكون الخسران عليه كما إذا ربح لا يسوغ لبقيه الورثه طلب حصته منه- واضحه الضعف فان هذا الحكم لا يختص بأحد الورثه بل كل من اتجر بمال غيره فان خسر فالخسران عليه قطعا ان لم يكن مأذونا لأنه بحكم الغاصب إذ هو و ان ربح فهو نوع من الفضولى فإن أجاز الشريك كان له ربح حصته و الا كان له رأس ماله و قد مر قريبا فى ماده «۱۰۷۳» ان الحاصلات تقسم بين أصحابها على قدر حصصهم.

(تتمه) إطلاق الشركه يتصرف إلى الإشاعه

أى الإشاعه الكسريه من

الکسور التسعه النصف و الثلث و الربع الی آخرها. و قد تستعمل الشرکه فی أنواع أخری «منها» الشرکه علی نحو الکلی فی المعین کصاع من صبره و أرطال معینه من ثمره هذا النخل «و منها» شرکه مستحقی الزکاه و الخمس فی النصاب «و منها» شرکه الموقوف علیهم فی غله الوقف «و منها» شرکه المسلمین فی الأراضی الخراجیه، و لکل واحد من هذه الأنواع احکام تخصها مذکوره فی محالها.

«الفصل الثالث» فی (بیان الدیون المشترکه)

اشاره

الشرکه فی الدین مثل الشرکه فی العین فی أکثر الاحکام و الأسباب فلا یکون الدین مشترکا الا بسبب یوجب الشرکه و قد تقدم بیان الأسباب الموجبه للاشتراک فی العین فمن استدان عینا مشترکه صار الدین الذی فی ذمته مشترکا بین أربابها کما ان المیت لو مات و فی ترکته أعیان یشترکون الورثه فی ملک تلک الأعیان کل علی حسب نصیبه من الإرث کذلک لو کان له دیون فإنها تکون مشترکه بینهم علی حسب حصصهم، و هذا هو السبب الغالب لحصول الشرکه فی العین و الدین اما مثل المزج و الحیازه و الاتهاب فلا یجری شی ء منها

فی الـدین إلا الهبه ان صـححنا هبه الـدین و لکن إذا وقعت الشـرکه فی العین ثم استقرضـها آخر أو ابتاعها فی الذمه صار الدین مشترکـا و کمـا ان العین المشترکه لا یجوز لأحـد الشـرکاء التصـرف فیها بـدون اذن الباقین کـذلک الـدین المشترک فلو قبض أحـدهم الـدین کلا أو بعضا بغیر إذنهم کان فضولیا و مضـمونا علیه و یتخیر الشـریک الآخر بین أخـذ حصـته منه أو الرجوع بها علی المـدین و لا- یختص أحـدهم بما یقبضه بل هو مشترک بینهم علی الحصـص حتی ان الشـرکاء لو أجازوا لواحـد ان یقبض حصـته فقط فقبضـها شارکه الباقون فیها لان الـدین لا یقسم کما سـیأتی ان شاء اللّه،، فالمقبوض من الـدین للجمیع و التالف منه علی الجمیع، نعم لو وقع الصـلح بینهم علی ان تکون حصـته من دین فلان بحصته من الدین الآخر فیختص کل واحد منهم بدین شخص کان مـدینا للجمیع فیعود مـدینا لواحـد صح ذلک و صار مثل بیع الدین علی أجنبی، و جل ما ذکروا فی هذا الفصل من المواد و کلهـا تنـدرج فی هـذه الجمله التی ذکرناهـا، و ظهر من جمیع ذلک ان کل واحـد من الشـرکاء فی المال المشترک حر مطلق العنان فی ملکیته من جهه و مقید مربوط بغیره من جهه أخری، مثلا إذا أراد ان یتصـرف بحصـته المشاعه علی إشاعتها من دون ان یمس العین بتصـرف کـان حرا فی ذلـک و لا- یتوقف علی مراجعه شـریکه أو استیـذانه فلو باعها أو اشتری بها أو وقفها صح بقول مطلق لکن لا یدفع العین إلی المشتری و لا یسـلطه علی حصـته إلا بإذن الشـریک فالبیع غیر موقوف و لکن التسـلیم و الإقباض موقوف

و هكذا، ثم لا بأس بإبداء بعض الملاحظات على بعض مواد هذا الفصل.

ماده «۱۱۰۰» و ان كان الدين مشتركا فكل واحد من الدائنين له طلب حصته من المديون

و فى غيبه أحد الدائنين عند مراجعه الدائن الآخر الحاكم يأمر الحاكم بأداء حصته.

المتعين جعل هذه الماده مع التى بعدها ماده واحده دفعا لإيهام التدافع فيقال: إذا كان الدين مشتركا فلكل واحد من الشركاء ان يطالب المديون بحصته فان دفعها أو دفع منها لم يجز ان يختص بما قبض بل المقبوض له و لشريكه و الباقى لهما أيضا و ان امتنع المديون لغيبه الشريك الآخر راجع الدائن الحاضر الحاكم فان قبضها بامره اختص بها لأن أمر الحاكم يقوم مقام القسمه و الافراز «و ان كان الدين لا يقسم» كما سيأتى و هذا يغنى عن ماده «۱۱۰۲» فإنها تكرار أو توضيح لا حاجه إليه.

ماده (۱۱۰۳) أحد الشريكين إذا اشترى بحصته متاعا من المديون و لم يقبض منه شيئا فلا يكون الدائن الآخر شريكا فى ذلك المتاع

لكن له ان يضمنه حصته من ثمن ذلك المتاع و ان اتفقا على ان يكون المتاع مشتركا كان كذلك.

عرفت قريبا ان لكل واحد من الشركاء ان يبيع حصته أو يشترى بها أو يصالح عليها و تكون تصرفاته من هذا القبيل نافذه لازمه من دون حاجه الى إذن شركائه نعم ليس له ان يدفع العين و يسلط المشترى عليها إلا بإذنهم، و عليه فالمتاع الذى اشتراه يكون مختصا به

و لا حق للشريک فيه و ليس له الرجوع على الشريک كما نصت عليه المجله بقولها (فلا يكون الدائن الآخر شريكا فى المتاع) و لكن لا مجال لقولها متصلا به: و لكن له ان يضمنه حصته من ثمن ذلک المتاع،،، بل هو أشبه بالتهافت، نعم يصح هذا فيما لو قبض الحصه ثم اشترى بها لما عرفت من ان المقبوض مشترک لا يختص به القابض فلو اشترى به متاعا كان فضوليا بالنسبه إلى حصه شريكه ان شاء أجاز القبض و الشراء و كان شريكا فى المتاع كما هو شريک فى باقى الدين و الا فله الرجوع على شريكه بحصته من الثمن أو على المديون بها، هكذا ينبغى تحرير المباحث و تنقيح المسائل و منه تعرف الخلل أيضا فى ماده «۱۱۰۴» إذا صالح أحد الشريكين فى الدين المشترک المديون على حقه منه على أثواب بز و قبضها فهو مخير ان شاء اعطى شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأثواب و ان شاء أعطاه حصته من الحق الذى تركه.

فان التخيير للشريک الآخر بين الإجازه و بين الرد لا للشريک الذى صالح على أثواب البز كما نصت عليه ماده (۱۱۰۵) و هذا أيضا فى صوره القبض اما مع عدم القبض و وقوع الصلح أو البيع بما فى ذمه المديون من حصه الشريک فكل هذا ساقط و لا حق للشريک الآخر فيما إذا أخذه شريكه بوجه من الوجوه كما سيأتى أيضا توضيحه فتدبره و لا يشتبه عليک الأمر، و بهذا يتبين لک ان الحق فى ماده (۱۱۰۵) هو التفصيل فان الشريک إذا قبض تمام الدين المشترک أو بعضه ثم اشترى به متاعا فالشريک الآخر الدائن مخير كما فى المجله ان شاء

أجاز معامله شريكه و يأخذ حصته منه كما سبق و ان شاء رد و يطلب حصته من المديون، اما لو اشترى بحصته من الدين قبل قبضه لا كلا و لا بعضا فلا حق للدائن الآخر على شريكه بل يرجع على المديون بحصته، اما قول المجله: و ان هلك الدين عند المديون يرجع الدائن على القابض- فلا اعرف لهلاك الدين و هو كلى فى الذمه- معنى محصلا- نعم لو أفلس المديون أو تعذر تحصيل الدين منه لم يختلف الحكم يعنى ان اشترى بحصته فى الذمه لم يكن للشريک حق و ان قبض و اشترى كان له الرجوع عليه اى على شريكه و عدم إجازته أولا- لا يمنع من رجوعه أخيرا نعم يشكل لو كان قد سبق منه الرد فان الرجوع لا يبقى له محل و لا موضع للإجازه فليتدبر.

ماده (۱۱۰۶) أحد الدائنين إذا قبض حصته من الدين المشترک الذى قد عرفت انه لا يختص به

بل هى له و لشريكه على النسبه و حينئذ لو تلفت فى يده بغير تعد فان كان القبض بإذن الشريک فالتلف عليهما و الباقى لهما و إن كان بدون اذن أو مع التعدى كان التلف عليه فقط و الباقى عند المديون يكون لشريكه و هذا هو البيان الصحيح هنا لا ما ذكرته المجله فان ذكر الضمان لا محل له أصلا و قيد بدون تعد منه- لغو- إذ لا ضمان عليه مطلقا مع التعدى و بدونه، نعم يختلف الحكم مع الاذن و عدم التعدى فيشتركان فى التالف كما يشتركان فى الباقى اما مع عدم الاذن فيختص التلف مطلقا بالقابض و الباقى للشريک الآخر فافهم جيدا و اعرف الفرق بين هذا و بين ما ذكرته «المجله»:

ماده «۱۱۰۷» إذا اســتأجر أحد الشــركاء المديون بمقابل حصته من الدين المشترک فللآخر ان يضمن شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأجره.

كلا- لاحق للشريک الآخر هنا و لا ضمان و لا رجوع نعم لو قبض الدين و استأجر فللآخر الإجازه أو الرد و لكل واحده حكمها و بهذا الملاک يظهر الخلل فى ماده «۱۱۰۸» أحد الشريكين الدائنين إذا أخذ رهنا عن حصته و تلف فى يده فلشريكه ان يضمنه مقدار ما أصاب حصته الى الآخر.

فان أحد الدائنين إذا أخذ على حصته الكليه رهنا فهو مختص به كما لو اشترى بها شيئا حسب ما عرفت من بياناتنا السابقه فلو تلف الرهن تلفا ضمانيا سقطت حصته المقابله للرهن فقط و يبقى الباقى الذى فى ذمه المديون للدائن الآخر فقط كما لو أبرأه أحدهما أو وهبه المنصوص عليه فى ماده «۱۱۱۰» إذا وهب أحد الدائنين المديون حصته ..

و لا يكون ضامنا حصه شريكه.

و كذا لو أخذ كفيلا على حصته فإنه كالرهن و الهبه و الاسقاط يختص بها نعم لو احاله بحصته اشتركا لأن الحواله نوع من الأداء فما فى ماده «۱۱۰۹» من طردهما على نسق واحد غير سديد فتدبره.

و كذا لا فرق بين الصورتين فى ماده «۱۱۱۱» إذا أتلف أحد الدائنين مال المديون و تقاصا بحصته ضمانا- الى آخرها ففى كلا

الصورتين يصير الدائن مشغول الذمه بقيمه ما أتلفه فيقع التقاص و التهاتر و يبقى الباقى فى ذمه المديون للشريك و هو الدائن الآخر و التفصيل بينهما لا وجه له أصلا فتدبره.

ماده «۱۱۱۲» ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين و لكن له ان يؤجل خصوص حصته فقط و لا يتوقف على اذن الآخر،،،

و الاشتباه و الخلط الواقع فى هذه الفروع المندرجه فى هذه المواد من المجله كله ناشئ من الغفله عن الضابطه التى ذكرناها صدر كتاب الشركه و هى ان كل تصرف يتعلق بالحصه من حيث هى و على كليتها فى الذمه أو فى العين فهو صحيح نافذ لا يتوقف على اذن الشركاء الباقين اما لو وقع على العين الخارجيه أو الحصه المقبوضه من كلى الدين فهو موقوف على اذن الجميع فاغتنمه و تدبره.

(لاحقه) «۱۱۱۳» إذا باع واحد مالا الى اثنين يطالب كل واحد بحصته على حده

ما لم يكن أحد المشتركين كفيلا للآخر لا يطالب بدينه هذا واضح كوضوح العكس و هو ما لو باع اثنان مالهما لواحد فان اللازم ان يدفع لكل واحد حقه و لا يجوز لأحدهما المطالبه بكل المال الا ان يكون وكيلا عن الآخر.

الباب الثانی فی (بیان القسمه

اشاره

و یشتمل علی تسعه فصول)

الفصل الأول فی (تعریف القسمه و تقسیمها)

ماده (۱۱۱۴) القسمه هی تعیین الحصه الشائعه بعضها عن بعض کالذراع و الوزن و الکیل.

لما کانت القسمه هی ضد الإشاعه و رفعها و الأشیاء تعرف بأضدادها و کانت الإشاعه عباره عن اجتماع الحقوق فالقسمه إذا إفرازها و تفریقها، اما تعریفها کما فی «المجله» بتعیین الحصه الشائعه ففیه من التسامح ما لا یخفی، و علی کل فان التعبیرات هنا بأجمعها لا تخلو من قصور و ینکشف هذا الغموض بما ذکرناه من ان حقیقه الإشاعه هی اجتماع

الملاک علی ملکیه شی ء واحد فهو نحو ضعیف من الملکیه، و علیه فالقسمه هی تبدیل ملکیه ضعیفه لکل واحد من الشرکاء فی العین بملکیه قویه لکل واحد فی بعضها، هذه هی الحقیقه الصمیمه و بما شئت فعبر عنها.

ثم ان المقیاس لا یختص بالذراع أو الوزن أو الکیل بل یحصل بالعد أو المشاهده أو غیر ذلک حسب الأوضاع و الأطوار الزمنیه.

ماده «۱۱۱۵» القسمه تکون علی وجهین اما جمع الحصص الشائعه فی کل فرد ..

الی آخرها هذا التقسیم للقسمه غیر واف و لا مستبین (و تحریر البحث) ان القسمه من حیث المال المقسوم و المقسوم علیهم أو باعتبارات اخری تنقسم إلی أقسام. فمن الحیثیه الأولی، نقول ان المال المقسوم اما ان یکون عینا واحده أو أعیانا متعدده من جنس واحد أو أجناس مختلفه و علی کل التقادیر فاما ان یمکن قسمته علی الحصص قسمه متساویه أم لا و علی الثانی اما ان تتعذر القسمه مطلقا أو تمکن مع الرد فان کان متعددا و أمکن القسمه علی نسبه الحصص فهی التی تسمیها المجله قسمه الجمع کثلاثین شاه مشترکه فإن کانت لثلاثین أو خمسه عشر أو عشره فهی صحیحه و ان کانت لثلاثه عشر أو تسعه فهی کسریه، و ان کان المقسوم واحدا و أمکن قسمته أجزاء بحسب الحصص أیضا فهی قسمه التفریق ای تفریق الواحد الی أجزاء، و هو ظاهر فی أکثر المثلیات من المکیل و الموزون أو کلها کما سیأتی، و ان لم یمکن تقسیمه

أجزاء متساويه بنسبه الحصص فإن أمكن قسمته متفاوتا مع الرد و الجبران فهى القسمه الرديه و الا فلا قسمه بل ترفع القضيه مع التشاح الى الحاكم فيلزمهما اما بيع حصه أحدهما على الآخر أو على أجنبى و يقسم الثمن و هذا لعله هو الذى يطلق عليه اليوم (ازاله الشيوع) و اما من حيث المقسوم عليهم فاما ان يتفقا على القسمه أو يتشاحا فان اتفقا فهى قسمه تراضى اختياريه و ان تشاحا و رجعا الى الحاكم فالزم بها فهى جبريه و هى التى تعبر عنها المجله بقسمه القضاء و السابقه بقسمه الرضا كما فى ماده (۱۱۲۰) و (۱۱۲۱) و (۱۱۲۲) و ان تشاحا بعد القسمه على الحصص فالقرعه، هذا مجمل ما ينبغى ان يقال فى جمهره أقسام القسمه و منه يتضح ماده (۱۱۱۶) و القسمه من جهه أفراز و من جهه مبادله و هذا التنويع يبتنى على ما هو المشهور عند الفقهاء هى ان كل جزء يفرض فجزؤه لأحد الشريكين و الآخر للآخر اما على ما اخترناه من ان معناها اجتماع مالكين على الشى ء الواحد فهى مبادله بين الملكيتين.

فقط و لا إفراز فى البين فتدبره جيدا.

ماده (۱۱۱۷) جهه الإفراز فى المثليات راجحه

بناء عليه كل واحد من الشريكين فى المثليات له أخذ حصته فى غيبه الآخر بدون اذنه كلا- لا يجوز عندنا تصرف أحد الشريكين بدون اذن الآخر مطلقا غائبا كان الآخر أو حاضرا قسمه كان التصرف أو غيرها فاما هو أو الحاكم و بدون أحدهما لا يجوز القسمه و لا غيرها،،، و لو تلفت حصه الغائب قبل التسليم تكون الحصه التى قبضها شريكه مشتركه بينهما

بل و التالفه مضمونه يعنى يضمن للغائب حصته منها:

ماده (۱۱۱۸) جهه المبادله فى القيميات راجحه إلى آخرها

يعنى بالمثليات ما تتساوى أجزاؤه بالقيمه على النسبه مثلا- حقه القمح بأربعه دراهم فالوقيه بدرهم اما القيميات فلا تتساوى اجزاؤها بالقيمه فإن مثقال الألماس مثلا بمائه دينار و لكن بعه بعشره لا بخمسه و عشرين و يريدون ان المثليات اى المتساويه يأخذ الشريك منها نصيبه و لو بدون اذن الآخرين و اما غير المتساويه اى القيميات فلا يجوز و قد عرفت عدم الجواز فى الجميع

ماده «۱۱۱۹» المكيلات و الموزونات و العدديات المتقاربه كالجوز و البيض كلها مثليات الى آخرها.

هذه الضوابط للمثليات و القيميات غير مطرده و ليس كل المكيلات و الموزونات مثليات و لا كل الذرعيات قيميات فان أنواع الحلى و المصاغ كلها موزونه مع أنها قيميه و الحبال و الامراس ذرعيه مع ان أكثرها مثليه فالأولى الرجوع فى كل مورد بخصوصه الى العرف و نظر الحاكم و اجتهاده الخاص فى الموضوع.

الفصل الثانی فی (بیان شرائط القسمه)

ماده (۱۱۲۳) کون المقسوم عینا شرط فلا یصح تقسیم الدین المشترک الی الآخر.

تقسیم الدین له صورتان إحداهما ما ذکر فی هذه الماده من اتفاق الورثه علی ان یکون دین مورثهم علی الأشخاص المتعددین موزعا علیهم کل واحد لواحد منهم «الثانیه» ان یقتسموا الدین الواحد فیکون القسط الأول لواحد و الثانی لآخر و هکذا، و تقسیم الدین بهاتین الصورتین باطل. و ما یقبضه أحدهم کلا- أو بعضا یکون مشترکا بین الجمیع المقبوض هم و الهالک علیهم و الاخبار المعتبره عندنا بهذا متوفره

ماده (۱۱۲۴) لا تصح القسمه إلا بإفراز الحصص و تمییزها

فلو قال أحد أصحاب الصبره المشترکه من الحنطه خذ أنت ذلک الطرف و هذا الطرف لی لا یکون قسمه.

حق هذا ان یقال ان شرط صحه القسمه معلومیه الحصص فلو کانت مجهوله بطلت، و تختلف الجهاله و المعلومیه باختلاف الأجناس فمعلومیه المکیل و الموزون بکیله و وزنه و معلومیه الأرضین بمساحتها و ذرعها

و هكذا و قد تكفى المشاهده فى جمله أشياء كما تكفى فى البيع.

و جمهره شروط صحه القسمه أمور «١» الملكيه أى ملكيه كل واحد من الشركاء فلو ظهر كون المقسوم كلا أو بعضا مستحقا للغير بطلت فى جمله من الصور كما سيأتى قريبا و كذا لو ظهر وقفا فان الوقف لا يقسم نعم يقسم و يفرز عن الملك الطلق لو كان مشتركا معه (٢) المعلوميه فى الحصص فلو كانت مجهوله أو بعضها بطلت (٣) تعديل الحصص يعنى التساوى و عدم الغبن فلو تبين الغبن فيها على بعض الشركاء بطلت (۴) الرضا من الشركاء أو حكم الحاكم أو الوصى أو الولى «۵» الطلب فى قسمه القضاء من بعض الشركاء «۶» قابليه المال المشترك للقسمه بحيث لا تفوت المنفعه المهمه من كل واحد من الحصص بذاته بعد القسمه «٧» كون المقسوم عينا خارجيه لا دينا و لا حقا.

هذه خلاصه ما أشارت إليه «المجله» من الشروط فى هذا الفصل

اما (ماده: ١١٢۵) شرط المقسوم كونه ملك الشركاء حين القسمه فإذا ظهر مستحق للمقسوم الى آخرها.

فخلاصه ما تتضمنه بيان الصور لظهور المستحق و هى محتاجه جدا الى التحرير فإنها من شكاسه التعبير بمكان، و إليك البيان، (١) ان يظهر المقسوم مستحقا للغير بتمامه و البطلان هنا لا يحتاج الى تبيان (٢) ان يظهر مستحق لجزء منه مشاع منصف أو ثلث و تبطل هنا أيضا لأن كل حصه من المقسوم فيه حصه للغير فيكون تفريق حقه فى

الحصص ضررا عليه اللهم إلاـ إذا رضی بذلک فتبقی القسمه بحالها و یکون شریکا لکل واحد منهم (۳) إذا ظهر مستحق لخصوص حصه معینه من الحصص المقسومه فتبطل القسمه طبعا و تعاد فی الباقی للشرکاء من رأس (۴) ان یظهر مستحق لمقدار معین فی حصه معینه من الحصص أو الجزء مشاع فیها و هنا لا تبطل القسمه بل یتخیر صاحب الحصه المستحق فیها بین إمضاء القسمه و الرجوع علی الشرکاء بنقصان ما أخذ المستحق منه و بین فسخ القسمه و إعادتها من رأس (۵) ان یظهر مستحق لجزء مشاع فی حصه واحد معین و لا تبطل هنا أیضا بل یکون لصاحب الحصه التی فیها الجزء المشاع خیار بین فسخ القسمه و إعادتها و بین البقاء علی الشرکه مع المستحق الجدید و أخذ النقصان من الشرکاء.

«۶» ان یظهر مستحق لجزء معین من کلتا الحصتین أو الحصص مع تساوی حقه فی کل حصه و هنا تبقی القسمه بحالها و یأخذ المستحق حقه من الجمیع (۷) ظهور المستحق لجزء معین فی الحصتین أو الحصص مع عدم التساوی و الحکم هنا أیضا عدم البطلاـن و یتخیر أرباب الحصص بین فسخها و إعادتها من رأس و بین إبقائها و یرجع صاحب الحصه الناقصه علی شریکه ذی الحصه الزائده.

و من مجموع ما ذکر تتضح جمیع مواد هذا الفصل فتدبرها.

«الفصل الثالث» فی (بیان قسمه الجمیع)

اشاره

عرفت ان مرادهم بقسمه الجمع قسمه الأعیان المتعدده علی الشرکاء المتعددین سواء کانت من جنس واحد کعشرین شاه أو من أجناس متعدده کشیاه و جمال فان کانت متحده جرت فیها قسمه التراضی بلا اشکال بل و قسمه القضاء من الحاکم کما فی ماده «۱۱۳۲»- و کان ینبغی ان یضم إلیها أیضا ماده «۱۱۳۳» فیقال الأعیان المتحده الجنس تجری فیها قسمه القضاء کما تجری قسمه الرضا لعدم التفاوت بین افراد المثلیات المتحده الجنس کعدم الضرر بأحد الشرکاء و یکون کل واحد قد استوفی تمام حقه،،، و لا حاجه الی ذلک التطویل و الإکثار من الأمثله.

ماده (۱۱۳۴) القیمیات المتحده الجنس- الی قولها مثلا خمسمائه شاه مشترکه بین اثنین إذا قسمت نصفین فکأنما أخذ کل واحد منهما عین حقه.

الخدشه فی هذا واضحه فإن القیمیات غالبا تختلف آحاد الجنس الواحد منها أشد الاختلاف و قلما تتساوی افرادها، خذ مثلا الخمسمائه

شاه التى ذكرتها المجله فإنك قد لا تجد فيها شاتين متساويتين من حيث السمن أو الهزال و اللون و الصوف و غير ذلك فلا بد فى قسمتها من التعديل و لا يصح قسمتها جزافا عددا لكل واحد مائتين و خمسين من دون توازن بين الجيد و الردى و السمين و الهزيل، و يمكن ان يقال ان القاعده الكليه أو الغالبه ان القسمه فى المثليات المتحده الجنس قسمه جمع لا تحتاج الى تعديل و أظهره فى الموزون و المكيل و ما عداها من القيميات أو المثليات المختلفه تحتاج الى تعديل و هذا لازم فى كل قسمه رضائيه أو قضائيه فان التعديل فى القسمه ضرورى الا ان يسقط أحدهم حقه لشركائه أو لبعضهم فتدبره جيدا و لا يشتبه عليك الأمر كما اشتبه عليهم و مما ذكرنا تتضح بقيه مواد هذا الفصل.

الفصل الرابع ماده (۱۱۳۹) تفريق العين المشتركه و تبعيضها ..

ملاك صحه القسمه هنا أعنى فى الدار و العقار و كافه الأموال الغير المنقوله عدم حصول الضرر على أحد الشركاء بالقسمه و المراد بالضرر هنا عدم إمكان الانتفاع بالحصه انتفاعا معتدا به عند العرف و ان كان فى غير الجهه الأولى مثلا لو كانت الدار لا تنقسم الى دارين و لكن يمكن ان تكون دكانين فى سوق دائر أو شارع عام فالأقرب صحه الإجبار على

القسـمه، و عـدم الضـرر كما عرفت معتبر فى كل قسـمه غايته ان المتماثلات المتعدده لا يحصل فى قسـمتها ضـرر غالبا بخلاف القيميات مثل الـدار و العقار فإنها مظنه الضـرر فى الغالب و لذا يلزم فيها الرد للحيران و التعديل فى الأكثر و من هنا يسـتبين لك الخلـل فى ماده (۱۱۴۰) فـإن القسـمه إذا كـانت تضـر بعض الشـركاء و تنفع بعضـهم لاـ يمكن للحاكم ان يجبرهم على القسـمه بصوره مطلقه كما يظهر من هذه الماده بل لا بدّ من تدارك ضـرر الشـريك بالرد و الجيران، و الا كان من القسم الذى لا يمكن قسمته كما فى ماده (۱۱۴۱) إلى آخر هذا الفصل و كلها واضحه.

الفصل الخامس فى (بيان كيفيه القسمه)

ماده (۱۱۴۷) المـال المشترك ان كـان من المكيلاـت فبالكيـل أو من الموزونـات فبالوزن .. يصـير تقسـيمه،، مواد هـذا الفصـل بأجمعها قد ظهرت من الفصول السابقه و انما ذكرتها المجله لمزيد البيان و التوضـيح و ما فيها مسـلم و صـحيح سوى ان الأرض المشغوله بالأشجار و النخيل تلاحظ فى مجموعها القيمه فإنها من القيميات و لا

تمسح الأرض مستقله و تذرع و يقوم ما عليها من الأشجار بل يلحظ المجموع شيئا واحدا.

الفصل السادس فی (بيان الخيارات)

من المعلوم ان القسمه بعد وقوعها جامعه للشرائط المتقدمه تكون لازمه ليس لواحد منهم فسخها الا ان يكون هناك سبب يستدعی جواز الفسخ و فی الحقيقه ان الخيار فی القسمه ليس كالخيار فی البيع يعنی ان لكل من المتبايعين فسخ البيع و ان كان قد وقع صحيحا جامعا للشرائط و الخيار فی القسمه عباره عن ظهور خلل فيها يكشف عن وقوعها فاسده فإن تراضوا بها فمعناه إسقاط حق و الا ـ فلكل منهم طلب نقصها و إعادتها صحيحه و لذا فتسميتها خيار فيه نوع من التسامح و لا يجری فيها سوی الخيارات العامه كخيار الغبن و الرؤيه و العيب مما يكون مدركه فی الغالب وجوب دفع الضرر أو مظنه الضرر كالجهاله الناشئه من عدم الرؤيه اما شرط الخيار فيها الی أيام محدوده فلا يبعد صحته بعموم (المؤمنون عند شروطهم) ان قلنا بعموم الشرط و لم نقيده بالعقود و عليه فيصح شرط الخيار فی المثليات و فی غيرها كما يجری خيار الرؤيه فيها فلا وجه

لما فی ماده (۱۱۵۵) خیار الشرط و الرؤیه لا یکون فی قسمه المثلیات المتحده الجنس الی آخرها،، لما عرفت من ان عدم رؤیه الحنطه قبل القسمه توجب جهاله المقسوم و الجهاله تبطل القسمه کما عرفت لا فرق فی ذلک بین المثلی و غیره فکما لا یجوز بیع الحنطه المجهوله کذلک لا یجوز قسمتها.

الفصل السابع (فی بیان فسخ الإقاله)

سبق قریبا ان القسمه إذا وقعت جامعه للشروط تکون لازمه لیس لأحد الشرکاء نقضها و لکن إذا اتفقوا علی النقض کان لهم ذلک لأنها حق لهم فقولهم «ماده ۱۱۵۷» بعد تمام القسمه لا یسوغ الرجوع یعنی لأحدهم لا لجمیعهم و کذا فی ماده «۱۱۵۸» فی أثناء القسمه إذا خرجت قرعه الأکثر و بقی واحد فأراد أحد أصحاب الحصص الرجوع ینظر ان کانت قسمه رضا فله الرجوع و ان کانت قسمه قضا فلا رجوع.

فإنهم إذا اتفقوا علی الرجوع بعد القسمه أو فی أثنائها کان لهم ذلک کما صرحت به ماده «۱۱۵۹».

اما إذا تبین الغبن الفاحش کما فی ماده (۱۱۶۰) فکما لهم فسخها

لهم إبقاؤها و تـدارك ضـرر المغبون و لا يتعين الفسـخ كما يظهر من عباره المجله و كـذا فى قضـيه ظهور الـدين كما فى ماده «۱۱۶۱».

الفصل الثامن (فى بيان أحكام القسمه)

ماده (۱۱۶۲) كل واحد من أصحاب الحصص يملك حصته مستقلا بعد القسمه لا علاقه لواحد فى حصه الآخر بعد و كل واحد يتصرف فى حصته كيف شاء على الوجه الآتى.

يعنى حيث لا يكون لأحدهما حق فى حصه الآخر من حق مرور أو أعلى و أسـفل أو غير ذلك و هذا أمر طبيعى للقسمه و ذكره مزيد توضيح نعم ما ذكره فى ماده (۱۱۶۳) من دخول الأشـجار فى قسمه الأراضى مع عدم ذكرها محل نظر أو منع الا ان تكون هناك قرينه حال أو مقال على اراده دخولها فى الحصه و لا فرق فى هذا بين الأشـجار و بين الزرع و الفاكهه و كون هذه معرضا للزوال و الانتقال بخلاف الأشـجار و الآصال لا يجدى إلا إذا كان هذا المعنى ملحوظا للمتقاسمين و مع الإطلاق و عدم الذكر و عدم القرينه المعينه الرافعه للخصومه تكون القسمه فاسده فهذه الماده و التى بعدها غير سديده و ذكر التعبير العام حين القسمه لا يجدى إلا إذا رفع الإبهام و منه يعلم حال

حق الطریق و المسیل و سائر الجهات و المتعلقات و بقیه مواد هذا الفصل صحیحه سالمه من الاشکال.

الفصل التاسع «فی بیان المهایأه»

ماده «۱۱۷۴» المهایأه عباره عن قسمه المنافع.

حقیقه المهایأه اتفاق الشریکین أو الشرکاء علی توزیع المنفعه بینهم علی حسب حصصهم فی العین و هی معامله جائزه لکل واحد فسخها متی شاء و لیست هی قسمه حقیقیه فإنها لا تصح إلا فی العین لا فی الدین و لا فی المنافع و حیث انها اتفاق و تراض فتصح فی المثلیات کبعض الثیاب و الافرشه مما یمکن الانتفاع به مع بقاء عینه و فی القیمیات کالدور و الدواب و نحوها فلا وجه لما فی ماده (۱۱۷۵) المهایأه لا تجری فی المثلیات بل فی القیمیات لیکون الانتفاع بها ممکنا حال بقاء عینها.

ماده (۱۱۷۶) المهایأه نوعان الی آخره.

یظهر منها ان المهایأه فی المکان فی قبال المهایأه فی الزمان مع ان المهایأه فی المکان یلزم ضبطها بالزمان رفعا للجهاله و لکن بناء علی ما ذکرنا من انها معامله جائزه لکل منهم فسخها متی شاء فالجهاله زمانا لا تضر فلو قال أحدهما للآخر اسکن هذه الدار مده و انا اسکن فی تلک مده جاز و ان

لم يعينـا المـده نعم تعيين الموضوع من دار أو دابه أو غيرهـا لاـ بـد منه طبعـا و منه يظهر مـا فى هـذه المواد من خلـل اعنى ماده (۱۱۷۸)- و مـاده (۱۱۷۹) فـان المهايـأه بقسـميها لاـ يلزم فيهـا تعيين الزمـان نعم لاـ بـد من تعيين المكان اما البـدء فلو تشاحا فيه اسـتخرجاه بـالقرعه و كـذا لو تشاحـا فى المكـان كمـا لو أراد كـل منهمـا الـدار المخصوصه أو الغرفه المعينه و لكن الأصـح ان المهايأه لا تأتى مع التشاح أصـلا بل قوامها و ملاكها الاتفاق و التراضـى فإذا تشاحا فى جهه من جهاتها و شأن من شؤنها امتنعت و ليس للحـاكم ان يجبر عليهـا و لاـ معنى أصـلا للجبر على المهايأه و لا دليل عليه و انما يصـح الجبر على قسـمه العين فقط عند التشـاح و فى ظروف مخصوصه و بهـذا ظهر المنع و الخـدشه فى ماده «۱۱۸۱» و لاـ فرق فى ذلـك بين متفقه المنفعه و مختلفتها فتدبره.

و من هنا يظهر الوهن فى ماده (۱۱۸۲) أيضا فان الحق ان أحدهما إذا امتنع عن المهايأه و طلبها الآخر لا يجبر عليها الممتنع لأنها قائمه بالرضا و الاتفاق نعم يجبر على القسـمه إذا كان المحل قابلا اما فى المحل الغير القابل مع التشاح فيجبرهما الحاكم اما على المبـايعه أو البيع على ثـالث و لاـ حق له فى جبرهما على المهايأه فلا وجه لما فى ماده (۱۱۸۳) إذا طلب المهايأه أحد الشـريكين فيما لا يقبل القسـمه و امتنع الآخر يجبر على المهايأه، و لو كانت المهايأه لازمه و يصـح الجبر عليها من الحاكم لم يكن وجه لما فى ماده (۱۱۸۴) كل ما ينتفع العامه بأجرته من العقارات المشتركه كالسفينه و الطاحون- الى قولها: لكن إذا زادت غلتها

أى أجرتها فى نوبه أحـدهم تقسم تلك الزياده بين أصـحاب الحصـص،،، فإن زياده المنفعه حينئذ تكون من نصـيبه قضاء للزوم المهايـأه فرجوعهـا إلى أصـحاب الحصـص دليـل على ان الشـركه حتى فى المنـافع بـاقيه على حالها و ليس إلا الإباحه اما- ماده «۱۱۸۵» من جواز ان يوجرها لغيره فالأصح انه انما يصح إيجارها إذا رضى الشركاء بذلك و الا فهو ممنوع و لا يجوز له ذلك.

ماده «۱۱۸۶» بعد ان حصلت المهايأه على استيفاء المنافع بدء الى آخرها،،،

حاصل هـذه الماده المسـتطيله ان المهايأه إذا حصـلت على استيفاء المنافع و كانت غله أحد الشـركاء فى نوبته أكثر فليس للباقين مشاركته بالزياده اما إذا كانت على الاستغلال من أول الأمر و كانت غله احدى الدارين مثلا أكثر لم يشاركه الآخر فى الزياده.

و الظاهر ان هـذا الحكم تحكم صـرف و لا يكاد يظهر وجه صـحيح للفرق بين الصورتين و الحق المشاركه فيهما مع الإطلاق اما مع الشرط فهو المتبع ان قلنا بلزوم مثل هذه الشروط الابتدائيه أى التى لا تقع ضمن العقود اللازمه نعم للشركاء ان يسقطوا حقهم من الزياده و هذا أمر آخر لا دخل له بالمهاياه فتدبره جيدا.

ماده (۱۱۸۷) لا تجوز المهايأه على الأعيان فلا تصح المهايأه على ثمره الأشجار المشتركه و لا على لبن الحيوانات و صوفها إلخ،،،

بعد ما عرفت ان حقيقه المهايأه الاتفاق و الرضا من الشركاء

على توزيع المنـافع و إبـاحه كل منهم للآخر منفعه حصـته على التبادل- يتضـح لك انه لا مانع من المهايأه فى الأمثله المـذكوره اجمع و هى و ان كـانت أعيانـا و لكنهـا فى نظر العرف منـافع فـإن منفعه الشـجره ثمرتهـا و منفعه الشاه صوفها و لبنها و حليبها و هكـذا، و لـذا جـازت إجـاره الشـاه و الشـجره باعتبـار تلـك المنـافع و كـذا تجوز العـاريه فيها مع ان الإجاره و العاريه لا يتعلقان بالأعيـان إلا باعتبار منافعها كما مر موضـحا فى كتاب الإجاره و العاريه- إذا لا مانع من المهايأه فى الشـجره المشتركه بأن يكون سنه لهـذا و سـنه للآخر و هكذا الزرع و البقره و الشاه غايته انها لو لم تثمر فى السـنه الثانيه يرجع على الشـريك فيما اسـتوفاه لما عرفت من انها جائزه و إباحه مقيده بإباحه ما يقابلها من المنفعه فهى تشبه المعاوضه بل هى فى الحقيقه معاوضه ارتكازيه فإذا لم يسـلم العوض لأحـدهما عـادت الشـركه إلى حالهـا و لم يكن هناك تمليك حتى يقال انه قـد ملكه حصـته من المنفعه فلا وجه للرجوع عليه بل هى إباحه بإباحه و لكنها مقيده مشروطه ضمنا فتدبره جيدا فإنه ثمين.

ماده (۱۱۸۸) و ان جاز فسخ المهايأه الحاصله بالتراضى لأحد الشريكين

لكن إذا آجر أحدهما فى نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايأه ما لم تنقص مده التواجر.

عرفت ان الشـريك ليس له الإجاره فى المهايأه المطلقه بل هى منصرفه إلى الانتفاع مباشره نعم لو أجاز له صريحا ان يؤجر صح و الفرض ان المهايأه معامله جائزه فهل له بعد الإجاره ان يرجع جريا

على حكم المهايأه أم ليس له ذلك لان الإجاره عقد لازم و قد وقعت باذنه وجهان و أوجه منهما الجمع بين الأمرين فيقال ان له فسخ المهايأه و تبقى الإجاره للأجنبى على حالها لأنها وقعت برضا الشريكين و تكون الأجره فى المده الباقيه لهما معا.

ماده (۱۱۸۹) و ان لم يجز لواحد من الشركاء ان يفسخ المهايأه الجاريه بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضى.

عرفت ان المهايأه لا مجال لدخول الحاكم و حكمه فيها و لكل واحد منهم فسخها متى شاء فضلا عن اتفاقهم، و منه يعلم الخلل فى ماده (۱۱۹۰) و ماده (۱۱۹۱) فإن لكل واحد من الشركاء فسخ المهايأه سواء أراد بيع حصته أو أراد ان يعيد المال المشترك الى حاله القديم بلا سبب و الحاكم معزول هنا بتاتا، كما انها بموت أحد الشركاء تبطل قطعا و (القصارى) ان أصحاب [المجله] يرون أن المهايأه كالقسمه لازمه أو كعقد لازم كما يشعر به تعريفهم لها بأنها قسمه المنافع و لكنها دعوى لا تستند على دليل و ليست هى من القسمه فى شى ء و ان أشبهتها فى بعض الشى ء فخذها حقيقه ناصعه و لا تتوهم كما توهموا و للّه المنه و منه التوفيق.

الباب الثالث فی (بیان المسائل المتعلقه بالحیطان و الجیران)

اشاره

و یشتمل علی) (أربعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان بعض قواعد فی أحکام الاملاک)

ماده (۱۱۹۲) کل واحد یتصرف فی ملکه کیف شاء

لکن إذا تعلق به حق الغیر یمنع المالک من تصرفه علی وجه الاستقلال- الی قولها فلیس لأحدهما أن یفعل شیئا مضرا إلا بإذن الآخر و لا ان یهدمه بنفسه.

کل ما فی هذه الماده صحیح و إذا انهدم الفوقانی یشترکان فی عمارته لان منفعته تعود لهما و إذا عمراه یکون ملکا لهما.

ماده (۱۱۹۳) واضحه و قد تقدم حاصلها فی مباحث الشرکه ماده (۱۱۹۴) کل من ملک محلا صار مالکا ما فوقه و ما تحته

أیضا- الی آخرها، یعنی ان من یملک عقارا بوجه مطلق یکون له من تخوم الأرض إلی عنان السماء و له ان یتصرف فی أعلاه و أسفله کیف شاء من حفر بئر فی باطن الأرض أو بناء مناره إلی السماء نعم لا یجوز ان یمتد تصرفه الی فضاء جاره کما فی ماده «۱۱۹۵» من أحدث فی داره بیتا فلیس له ان یبرز رفرفه علی هواء دار جاره.

ماده «۱۱۹۶» من امتدت أغصان شجر بستانه الی دار جاره فللجار ان یکلفه بتفریغ هوائه بالربط أو القطع

لکن إذا ادعی الجار ان ظل الشجره مضر بمزروعات بستانه لا تقطع الشجره،، ان کان المراد ان الجار الذی امتدت أغصان الشجره إلی بستانه یدعی ان ظلها مضر بمزروعاته و اثبت ذلک فالقطع هنا اولی من الصوره الأولی التی أوجبت المجله الربط أو القطع فیها کما هو واضح و ان کان المراد ان صاحب الشجره الممتده إلی الجار یدعی ان قطعها یضر بمزروعاته فالحکم بأنها لا تقطع لا وجه له لان دفع ضرره لا یسوغ له التصرف فی ملک الغیر بغیر حق فهذا الحکم جزافی علی کلا التقدیرین.

الفصل الثانی فی (بیان حق المعاملات الجواریه)

ماده «۱۱۹۸» کـل أحـد له حق التعلی علی حائـط ملکه و بنـاء ما یریـد و لیس لجاره منعه،، «الضابطه العامه» فی تصـرف الإنسان بملکه- ان کل أحد له ان یتصـرف کیف شاء یملکه بشرطین ان لا یکون ملکه متعلق حق للغیر، و ان لا یکون موجبا لضرر الغیر و عـدا ذلک فجمیع تصـرفاته مباحه له، و تقییـد الضـرر بالفاحش لا وجه له بل قاعـده نفی الضـرر الحاکمه علی قاعـده السـلطنه تقتضی منع کل ضرر و إضرار بالغیر غایته ان بعض افراد الضرر لقلته و حقارته لا یعتد به عند العرف و یعد کلا ضرر و تشخیص مصـادیق الضـرر و تمییز المعتـد به من غیره و الفـاحش من غیره موکول الی العرف و أهـل الخبره و لکل حادثه حکمها، و لکل بلد تقالیدها، و لکل زمان أطواره، و لیس لذلک قاعده کلیه مطرده بل یختلف الضـرر باختلاف المکان و الزمان و الأشخاص و البلدان و ما ذکرته «المجله» فی ماده «۱۲۰۰» من أمثله الضرر الذی یجب رفعه مبنی علی

الغالب و الا فقد لا يعد فى بعض القرى أو البلدان مثل تلك الأمور ضررا كما ان ما ذكر فى ماده «۱۲۰۱» من ان منع دخول الشمس و سد الهواء ليس ضررا و ليس فاحشا غير مطرد بل الغالب انه ضرر فاحش بل أفحش لان سد الهواء و منع الشمس يوجب الأمراض المهلكه و الحياه التعيسه كسد الضياء، و ما ذكروه فى ماده (۱۲۰۲) رؤيه المحل الذى هو مقر النساء، كصحن الدار و المطبخ و البئر يعد ضررا فاحشا الى آخره- لا يعد ضررا فضلا عن كونه فاحشا عند كثير من الأمم التى لا تعرف الحجاب و لا تلتزم ببعض التقاليد و الآداب و لا تتحاشى من تطلع جارها على دارها و هكذا،،، و الغرض ان المجله نظرت الى حال الشرقيين بل الى حال البعض منهم و تقاليدهم و عاداتهم و الا فالقضيه غير كليه و إناطتها بنظر الحاكم و أهل الخبره فى كل بلد أو قريه حسب أوضاعهم و خلائقهم و أخلاقهم أصح و أوضح أما- ماده «۱۲۰۷» و ما بعدها الى «۱۲۱۰» فجميعها يبتنى على قاعده «القديم على قدمه» فإذا أحدث رجل دار أو لجاره شبابيك قديمه فليس له سدها لان القديم على قدمه و هكذا فى أمثاله مما يطول تعداده، و اما- ماده «۱۲۱۰» و ماده «۱۲۱۱» فهما مبنيان على قضيه الشركه و حيث ان الحائط مشترك فليس لأحدهما أن يتصرف فيه بدون اذن الآخر فرفع الجذوع إلى الأعلى لا يجوز فإن الأعلى ليس له نعم له ان يخفضها إلى الأسفل لان الأسفل له.

«الفصل الثالث» فی (الطریق)

اقحام هذا الفصل و الذی بعده فی هذا الباب اعنی باب قواعد أحکام الأملاک لا وجه له فان الطریق لیس من الاملاک لا العامه و لا ـ الخاصه بل الطرق من المباحات العامه و منفعتها الخاصه و هی المرور حق لکل البشر و لکنه حق الانتفاع لا المنفعه کما سبق بیانه فوجوب رفع الأشیاء المضره بالمارین هی من احکام الطرق لا ـ من أحکام الاملا ـ ک نعم احکام الطریق الخاص قد تدخل فی هذا الباب باعتبار کونها ملکا أو تشبه الملک، و قد حکمت المجله فی ماده «۱۲۲۳» انه لا یسوغ لأصحاب الطریق الخاص ان یبیعوه و لو اتفقوا و لا یسوغ ان یقسموه بینهم و لا یسدوا فمه، و لکن الظاهر من بعض فقهائنا انه حق لهم فلو تبایعوه بینهم أو اقتسموه کان لهم ذلک و هو أقرب الی الاعتبار و لا ـ ینافیه ان فیه حق المرور لکل واحد فان هذا الحق لهم ما دام الطریق مفتوحا اما إذا زال فلا حق لهم و تسمی هذه الطرق عندنا بالطرق «المرفوعه» و لعلها لارتفاعها عن الطریق العام أو لغیر ذلک

الفصل الرابع فی (بیان حق المرور و المجری و المسیل)

مواد هـذا الفصل کلها تبتنی علی ثلاث قواعد (۱) قاعده (الضرر یزال) (۲) (القدیم علی قدمه إذا کان مشـروعا) (۳) (المبیح له الرجوع عن إبـاحته متی شـاء) فلو اذن صـاحب العرصه بالمرور فیها لشـخص له الرجوع عن اذنه متی شاء مهما طالت المـده فإن قاعده القدیم علی قدمه انما تعتبر فی الأمور المشـروعه المجهوله السـبب عند جیلنا اما لو علمناه فالحکم للسـبب لا للقدم مثلا لو وجـدنا دارا یجری علیها میزاب من دار الغیر و هو قـدیم فنحکم بلزوم بقائه من جهه قدمه اما لو علمنا أو ظهرت ورقه أو بینه بان صـاحب الـدار أباح للجار وضع المیزاب علی داره و قـد رجع عن إباحته فلا ریب ان قاعـده القـدیم تسـقط و العمل علی قاعـده الإبـاحه و الرجوع فیحکم الحـاکم برفع المیزاب و هـذا نظیر قضـیه (الیـد) التی هی من أقوی الأمـارات علی الملکیه و لکنها انما یعتمد علیها حیث تکون مجهوله السبب اما لو علم سببها فالعمل علی السبب مثلا لو وجدنا دارا بید شخص تلقاها من أبیه و جده و ادعاها آخر نحکم بأنها لصاحب

الیـد حتی تقوم الحجه علی انها لیست له اما لو ظهر من اماره أو بینه انه قـد اسـتأجرها جـده من أجـداد المدعی أو أباحها له فان الید تبطل و یطالب بالبینه علی انها قد انتقلت بناقل شرعی و الحاصل ان الأمارات و القواعد جلها أو کلها انما تکون معتبره حیث تکون مجهوله السبب و هذه فائده ثمینه فاحتفظ بها، و للّه الفضل و المنه و منه نستمد التوفیق

الباب الرابع فی (بیان شرکه الإباحه

اشاره

و یشتمل علی سبعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان الأشیاء المباحه و غیر المباحه)

ماده (۱۲۳۴) الماء و الکلاء و النار مباحه و الناس فی هذه الأشیاء الثلاثه شرکاء.

قد عرفت فیما سبق ان الشرکه هنا لغویه لا بمعناها المصطلح بل الاشتراک هنا بمعنی عموم الحکم لعامه البشر فاباحه الانتفاع و التملک لشی ء من هذه المواد الحیویه عام لجمیع الأنام کعموم سائر الاحکام و الأصل فی هذا- الحدیث النبوی المشهور-: الناس شرع سواء فی ثلاثه أشیاء الماء و الکلاء و النار.

و المباحات العامه أکثر من ذلک کالصید و الأحطاب و ثمار الأشجار فی الغابات و غیر ذلک کما سیأتی.

و لا ـ ریب ان المراد اشتراکهم فیه قبل حیازه أحد لشی ء منه فالماء الذی نقله إنسان من الفرات و شبهه مملوک له انما المباح العام هو ماء الفرات فی مجاریه و مجاری السیول و القنوات العادیه فلیس لأحد منع غیره من الاستقاء منها و الحیازه اما الذی یحوزه إنسان فی نهر صغیر فی أرضه أو داره أو بستانه فقد ملکه و لا یجوز الأخذ منه بغیر اذنه و مثله الکلام فی الکلاء و هو النبات فی الأراضی الواسعه و الغابات بل و أشجارها و ثمارها أو أشجار الجبال و الأودیه قبل حیازه أحد لشی ء منها و کذلک النار فلو أوقد إنسان نارا فی فلاه من الأرض فلیس له ان یمنع غیره من الاستضاءه بها أو التدفئه بالقرب منها أو الاقتباس من جذوتها نعم لیس له ان یحمل جمره منها أو فحمه خشب منها لأنها مملوکه لموقدها فلا یجوز أخذها إلا بإذنه کما انه لو أوقد نارا فی داره لیس لأحد ان یدخل الدار للتدفئه أو الاستضاءه بدون اذنه بخلاف ما لو کانت فی صحراء مباحه کما فی ماده «۱۲۶۱» الآتیه، و من ماده «۱۲۳۵» إلی ماده «۱۲۴۱» کما ان الکلاء النابت فی الأراضی التی لا صاحب لها مباح کذلک الکلاء النابت فی ملک شخص بلا تعاطی سببه أیضا مباح الی آخرها.

هذا التقسیم سقیم و تحکم بلا دلیل حتی من قیاس و نحوه فاز النابت فی ملک إنسان و لو من غیر سببه یدخل فی ملکه قهرا کما نبعت عین ماء فی أرضه أو فی داره أو ظهر معدن فیها و نحو ذلک مما لا إشکال فی صیرورته ملکا له سواء تعاطی إیجاد السبب أم لا فلواذ

لشخص بالدخول الى داره أو عقاره فدخل لم يجز له ان يتصرف بشی ء من ذلک النبات أو الماء الا بإذن خاص من المالک کالأشجار النابته من نفسها فی ملک إنسان حسب ما نصت علیه ماده «۱۲۴۴» الأشجار النابته بلا غرس فی ملک أحد هی ملکه لیس لأحد ان یحتطب منها الا بإذنه فإن یفعل یکن ضامنا.

و هذا صحیح لامریه فیه انما العجب هو التفرقه بین النبات فهو مباح و بین الشجر فغیر مباح مع اتحاد الملاک فی المسألتین فلیتدبر

ماده «۱۲۴۷» الصید مباح.

یعنی انه من المباحات العامه إذا لم یکن قد صاده أحد قبل ذلک اما لو صاده و کان من عادته العود فلا إشکال فی حرمه صیده اما لو لم یکن من عادته العود فمحل اشکال و یجوز حمل الصید علی المصدر کما یجوز حمله علی اسم العین و سیأتی بیان احکام کل واحد منهما فی الفصل السابع

الفصل الثانی

ماده «۱۲۴۸» أسباب التملک ثلاثه (الأول) النقل من مالک الی مالک آخر کالبیع ..

قدمنا لک فی بعض الأبحاث السابقه ان أسباب الملک نوعان قهریه و اختیاریه و تحت کل نوع من هذین أصناف و أظهر أسباب

التملک القهری- الإرث- و الجنایات و الاروش و النـذور و ما الی ذلک، و أظهر أسـباب التملک الاختیاری الاکتساب و البیع و الشـراء و الصید و الحیازه و احیاء الموات و ما الی ذلک و لا حاجه فی أمثال الصید و الحیازه إلی وضع الید لا حقیقه و لا حکما بل المدار علی صدق الاستیلاء عرفا و منه التحجیر الذی یثبت به حق اختصاص فی المباح إلی أمد معین اما لو نصب شبکه فوقع الصـید فیها فقد ملکه بالاستیلاء حقیقه و لا یجوز لغیره ان یتصـرف به بدون إذن الحائز الأول و لو أتلفه کان ضامنا کما فی ماده «۱۲۴۹» کل من أحرز شیئا مباحا کان مالکا له مستقلا الی آخرها.

ماده (۱۲۵۰) کون الإحراز مقرونا بالقصد لازم.

هـذا البحث مبتور هنـا، و حقه، ان یقال ان التملک الاحیاء مشـروط بشـروط «۱» انتفـاء یـد الغیر فلو کان علی الأرض یـد معتبره شرعا لم یصـح للغیر إحیاؤها «۲» عدم ملک سابق لمسـلم أو معاهد فلو کانت مملوکه لأحدهما و لم یتحقق الاعراض أو السـبب المزیل لم یجز إحیاؤها بناء علی عدم بطلان الملکیه بالموتان «۳» ان لا یکون حریما لعامر «۴» ان لا یکون مشعرا للعباده کمنی و المشعر و عرفه و نحوها «۵» ان لا یکون متعلقا به حق الغیر فلا یکون مما أقطعه الإمام أو السـلطان لأحد المسلمین أو غیرهم فإنه یکون اولی به و لاـ محجرا ای قـد شـرع أحـد فی إحیائه بوضع علامه من مرز أو حفر نهر أو نحو ذلک «۶» ان یکون الإحیاء أو الحیازه بقصد التملک فلو فعل أحد الأسباب

بـدون قصـده أو بقصـد غيره لم يملـك و الظـاهر الاتفـاق على هـذه الشـروط و لا ينافى شـرطيه قصـد التملك ما ذكرناه من ان الحشيش النابت فى أرض شـخص أو داره ملك له و ان لم يعمل سببه فإن ملكيه هذه الأشياء بالتبعيه لا بالحيازه و الاحياء و هو ظاهر و هناك شرطان آخران لم يتحقق الاتفاق عليهما و ان ذهب الى اعتبارهما جماعه و هما اشتراط اذن الامام عند حضوره أو نائبه عنـد غيبته «و الثانى» تحقق الاحياء و تماميته فلا ملكيه إلا بعـد صـدق كونه قد أحياها عرفا، و لا بأس بهذين الشـرطين و ان كـان الـدليل عليهما غير ظاهر، و سيأتى ذكر بعض هـذه الشـروط فى الفصل الخامس- اما ماده «۱۲۵۱» يشترط فى إحراز المـاء انقطاع جريه فالبئر التى ينز ما فيها من الماء لا يكون ماء محرزا فلو أخـذ شـخص من الماء المجتمع فى هكـذا بئر تنز بدون إباحه صاحبه و استهلكه لا يلزمه الضـمان إلخ- لم اعرف وجهه فإن البئر إذا كانت مملوكه لشـخص فماؤها ملك له لا يجوز لغيره ان يأخـذ منه بـدون اذنه انقطع جرى المـاء أو لم ينقطع و هكـذا الحوض امـا إذا لم تكن مملوكه لشـخص فهى من المباحات يجوز لكـل أحـد الأخـذ من مائها انقطع جريها أيضا أم لا، و دعوى ان الماء الـذى لا ينقطع جريه يستمد قوته من المياه الجاريه تحت الأرض و هى غير مملوكه، فسادها غنى عن البيان.

الفصل الثالث فی (بیان أحکام الأشیاء العمومیه المباحه)

جمیع مواد هذا الفصل واضحه لا مناقشه فیها و قد تقدم بعضها و هی من لوازم الإباحه العامه.

الفصل الرابع فی (بیان حق الشرب و الشفعه)

و جمیع مواده أیضا واضحه جلیله المدرک، نعم فی ماده «۱۲۶۸» یسوغ لمن کان ضمن ملکه ماء متتابع الورود سواء کان حوضا أو نهرا ان یمنع طالبه من الدخول فی ملکه لکن إذا لم یوجد فی قربه ماء مباح غیره للشرب یجبر صاحب الملک علی إخراج الماء لذلک الطالب أو إعطائه الرخصه بالدخول لأجل أخذ الماء و ان لم یخرج له الماء فله حق الدخول و أخذ الماء.

فإنه- لا یخلو من اشکال فإن إجبار المالک علی إخراج الماء

أو الدخول قهرا عليه الى داره كل ذلك مناف للقواعد العامه كقاعده السلطنه و نحوها و لكن يمكن لولى الأمر أو نائبه العام أو الخاص ان يجبر المالك كذلك نظرا للصالح العام و حفظ النظام و استبقاء حياه النفوس و ان كان مخالفا للقواعد العامه الا انه لو اقتحمنا هذه العقبه الكؤد و قلنا بجوازه و تخريج دخوله فلا بد من دفع القيمه و يكون كقضيه الأكل فى المخمصه فليتدبر.

الفصل الخامس فى (إحياء الموات)

ماده (١٢٧٠) الأراضى الموات هى التى ليست ملكا لأحد و لا هى مرعى و لا محتطب إلخ.

ذكرنا قريبا شروط التملك بالاحياء و منه يتضح لك حدود الأرض الموتان التى يجوز إحياؤها حتى تصير ملكا لمحييها و أقرب تعريف للأرض الميته انها هى التى لا تصلح للزرع بحالتها الحاضره بل تحتاج الى علاج غير الحرث و السقى إما لكونها مغموره بالماء كالاهوار و الأجم أو لبعد الماء عنها فتحتاج الى شق نهر أو آله موصله و أمثال ذلك و مع هذا فإرجاع ذلك الى العرف أقرب الى الصواب، اما اشتراط بعدها

عن أقصـى العمران كما فى هـذه الماده فغير لازم نعم ان كان ذلك الموات من مرافق البلد و محل حاجتها و لو فى بعض السـنه فضلا عما لو كان مرعى أو محتطبا و محتصدا فلا إشكال فى عدم جواز إحيائه لأنه حريم للعامر و كذا لو كان حريما لبئر البلد و أمثال ذلـك كمـا سـبق ذكره و نصت عليه ماده «۱۲۷۱» الأراضـى القريبه إلى العمران إلـخ،،، امـا لو خلت من كـل ذلـك جاز إحياؤها و ان كانت متصله بالبلد أو العمران فتدبره.

ماده «۱۲۷۲» إذا أحيا شخص أرضا مواتا بالاذن السلطانى صار مالكا لها إلخ،،،

يظهر من هـذه الماده ان أصـحاب المجله يعتبرون اذن السـلطان شـرطا فى التملك بالاحياء و قـد تقدم ان بعض فقهائنا يعتبر هذا الشـرط أيضا و لكنه خلاف إطلاق الحديث المشـهور (من أحيا أرضا فهى له) نعم بناء على ان الموات من الأنفال التى هى للّه و لرسوله كما يدل عليه الحديث المشهور (موتان الأرض للّه و لرسوله فمن أحيا أرضا ميته فهى له) يكون اذن الامام أو نائبه شرطا و لاـ ينـافيه الإطلاـق انهـا للمحيى فإن المراد منه ان المحيى بشـروطه يكون مالكا إذ لا ريب ان ليس كل من أحيا يملك و على كل فاستيذان الإمام أو نائبه الخاص أو العام ان لم يكن أقوى فلا ريب انه الأحوط.

ماده (إذا أحيا شخص أرضا مواتا و بعده جاء آخرون أيضا و أحيوا الأراضى التى فى أطرافها الأربعه) إلخ.

بل ليس للآخرين ان يحيوا طريق المحيى الأول لأنه من مرافقه و لوازمه فيملكه بالتبع و لا يجوز لغيره التعرض له.

ماده «۱۲۷۷» وضع الأحجار أو الشوک– ليس بإحياء و لكنه تحجير.

الفرق بين الاحياء و التحجير واضح مفهوما و حكما فان التحجير هو الشروع في مقدمات الإحياء أو وضع علامات حيازه الأرض و ان لم يكن لها دخل بالاحياء اما الاحياء فهو صلاحيه الأرض فعلا للزرع اى لإلقاء البذر فيها و سقيه و حكم الاحياء حصول الملكيه به اما التحجير فتحصل به الأولويه و لكنه حق يورث يصح المصالحه عليه و أخذ المال بالمعاوضه عليه نعم يمهله حاكم الشرع أو السلطان حسب ما يراه و لا يتقيد بسنه أو ثلاث بل بما يراه الحاكم حسب اختلاف الظروف و الأحوال فان لم يكمل إحياءها في تلك المده يسقط حقه و ينتزعها منه و يدفعها لغيره و بهذا يتضح ما في المواد الباقيه في هذا الفصل من ماده «۱۲۷۸» إلى ماده «۱۲۸۰».

الفصل السادس (في بيان حريم الآبار المحفوره و المياه المجراه و الأشجار المغروسه) (بالاذن السلطانى فى الأراضى الموات)

ماده «۱۲۸۱» حريم البئر يعنى حقوقها من جهاتها من كل طرف أربعون

المراد ان من حفر بئرا فی أرض موات فإنه یملک من کل جهه من جهاتها الأربع أربعین ذراعا تسمی حریما للبئر کما ان حریم العین المستخرجه خمسمائه ذراعا، أما الذی ذکره فقهاؤنا فی هذا المقام فهو ان حریم الطریق شارعا أو غیره إلی الأملاک أو غیرها خمسه و قال الأکثر سبعه فلا یجوز الأقل و یجوز الأکثر بل قد یجب عند الحاجه، و حریم العین الف ذراع فی الأرض الرخوه و خمسمائه فی الصلبه بمعنی انه لا یجوز لغیره ان یستخرج عینا فی هذه المساحه فإن أحیاها کانت له و إلا جاز لغیره إحیاؤها و لازمه جواز استخراج بئر أخری للآخر، و حریم بئر الناضح ای البعیر الذی یسقی الزرع ستون ذراعا و بئر المعطن أی البئر التی اتسق الإبل منها و تشرب من مائها أربعون ذراعا و حریم الحائط و الدار مطرح الآنه من تراب و رماد و کناسه و نحوها و کل هذه المقادیر بین ما ورد روایه به و بین ما اقتضاه الاعتبار و العرف و لذا أهمل بعض الفقهاء اعتبارها و ارجع التقدیر الی حد الضرر فلکل واحد من تلک العناوین من الأرض حولها ما تقتضیه حاجته عرفا و ما یستلزم تطرق الضرر علیه فی الأقل منه و لیس هنا تعبد شرعی بمقدار معین بل الأحادیث الوارده فی هذه المواضع ناظره إلی العرف فی تلک الأعصار فالأصح إناطه ذلک الی نظر أولیاء الأمور الصالحین المصلحین حسب ما تقتضیه المصالح العامه و الخاصه و هی تختلف باختلاف الأزمان و البلدان و الظروف و الأحوال مع التجرید عن الأغراض و الإخلاص للّه تعالی و للأمه فی النیه و العمل و اللّه ولی التوفیق و هو العالم بالسرائر.

ماده (۱۲۸۸) إذا حفر شخص بئرا فی خارج حریم بئر فذهب ماء البئر الاولی الی الثانیه فلا شی ء علیه.

هذا إذا لم یعد بنظر العرف تسبیبا لمنع الماء عن الأولی و الا فهو مشکل و کذا فی قضیه الدکان.

الفصل السابع فی (بیان المسائل العائده إلی أحکام الصید)

ماده «۱۲۹۲» الصید جائز،،،

المشهور عند فقهائنا ان صید اللهو حرام و سفره سفر معصیه یوجب الإتمام و انما یحل الصید إذا کان للکسب و التجاره أو للقوت و هو من المباحات العامه التی تملک بالحیازه و لا یکون الا للحیوان الممتنع و هو لا یخلو اما ان یکون فی الهواء أو فی الماء أو علی الأرض و لکل واحد من هذه المواضع آلات تخصها و آلات تشترک فیها و قد ذکرت (المجله) فی هذه الماده بعضا من المختصه و المشترکه فالآلات الجارحه کالرمح و السهم و البندقه تشترک فی صید ما فی الهواء و ما فی الأرض و یختص الکلب و الجوارح بصید ما علی الأرض و تشترک الشبکه بصید ما فی

الأرض و ما فی الماء، ثم ان المجله لم تستوف شروط حلیه الصید و هی أهم ما فی المقام فنقول ان الآله إذا أصابت الصید فإن بقی حیا و أدرک حیاته و کان مأکول اللحم لم یحل أکله إلا بتذکیته الشرعیه و ان مات و استند موته الی تلک الآله حل اکله و لکن بشروط «۱» ان یکون الحیوان حلال الأکل کالبقره الوحشی و الحمر الوحشیه و الوغل و الغزال لا کالثعالب و الأرانب و نحوها من الوحوش و ان حل استعمال جلودها بالتذکیه «۲» التسمیه عند إرسال الکلب أو إطلاق السهم أو البندقه فلو لم یسم عمدا حرم الصید إذا لم یدرک ذکاته و لو نسیها حل «۳» القصد الی الصید فلو رمی لاهیا فأصاب حیوانا لم یحل «۴» ان یکون المرسل مسلما فلو کان کافرا لم یحل «۵» ان یقتل السهم و ما بحکمه من الآلات بحده لا بثقله یعنی ان یکون محددا و لو من غیر نصل فیخرق الجلد و اللحم و یقتل الصید (۶) ان ان لا یغیب عنه و حیاته مستقره فلو غاب ثم مات و لو بعد ساعه و لم یعلم ان الموت استند الی الکلب أو السهم لم یحل (۷) ان یستند الموت الی الکلب أو الآله فلو اصابه السهم و تردی من شاهق أو وقع فی نهر فمات غرقا لم یحل (۸) ان لا ـ یکون الحیوان مملوکا فلو ظهرت علیه آثار الملکیه کجرس فی رجله أو طوق فی عنقه لم یحل صیده و لا اکله، و مما ذکرنا یظهر ما فی مواد هذا الفصل من المجله مثل ماده (۱۲۹۳) الصید هو الحیوان المستوحش من الإنسان،،، فإن المدار لیس علی استیحاش الحیوان بل المدار علی کونه ممتنعا بذاته لقدرته علی الطیران

بجناحه أو العدو برجله فالحمام الذی یأوی إلی البیوت و یسکن فیها مع أهلها مستأنس غیر مستوحش و مع ذلک یجوز صیده.

و مثل ماده (۱۲۹۴) کما ان الحیوانات الأهلیه لا تصاد کذلک الحیوان البری المستأنس بالإنسان لا یصاد- بناء علی ذلک الحمام المعلوم انه غیر بری بـدلاله أمثاله أو الصـقر الذی برجله الجرس أو الغزال الذی فی عنقه الطوق إذا أمسـکها أحد تکون من قبیل اللقطه فیلزمه الإعلان بها کی تعطی لصاحبها.

فإنها مختلفه منحله- ضروره أن الحمام و الصقر و الغزال الحامله لتلک العلائم و الاوسمه انما لم یصح صیدها لأنها مملوکه للغیر لا من جهه أنها مسـتأنسه بالإنسان ألا تری أن الحمام المسـتأنس فی بیوت الناس یصح صـیده إذا لم یکن علیه علامه ملک سابق فالاستیناس و التوحش لا ربط له بقضـیه الصـید أصـلا إنمـا المهم ان لا یکون مملوکا و ان یکون ممتنعا کما فی ماده (۱۲۹۵) شرط الصـید کونه ممتنعا عن الإنسان إلخ، و هذا ای الامتناع هو المدار فی ملکیه الصید فمن رمی حیوانا و اصابه بحیث لا یقدر علی الفرار و زال منه قدره الامتناع ملکه و الا فلغیره ان یصیده و یملکه کما فی ماده (۱۲۹۷) الصید لمن أمسکه ..

ماده (۱۳۰۰) فی ساقیه شخص و جدوله سمک لا یمسک من غیر صید فللآخر ان یمسکه.

کلا- فقد عرفت ان کل مال فی ملک الإنسان غیر مملوک

لأحد فهو ملک له بالتبعیه سواء اعمل السبب فی وجوده أم لا فلا یحل لأحد ان یملک شیئا هو فی بئری أو نهری أو أرضی أو جدولی و هکذا أمثال ذا.

(۱۳۰۱) شخص هیأ محلا فی حافه الماء لأجل صید السمک الی آخرها،،،

لا تخلو من اشکال فإن حفر الحفیره کنصب الحظیره بقصد صید السمک موجب لملکیه کل ما یدخل فیها لصاحب الحفیره أو الحظیره سواء کان الماء کثیرا أو قلیلا محتاجا الی الصید أو لا

(۱۳۰۲) إذا دخل صید دار إنسان فأغلق بابه لأجل أخذه یصیر مالکا لکن لا یکون مالکا بلا إحراز.

إغلاق الباب و الإحراز لا یکفی حتی یقبضه أو یدخله فی قفص فلو أغلق الباب ثم فر الطیر قبل إمساکه کان مباحا و للغیر ان یصیده بخلاف ما لو أمسکه فقد ملکه و لو فر لم یجز لغیره صیده و لو صاده أرجعه إلی الأول.

ماده «۱۳۰۳» إذا وضع شخص شیئا ما کالشرک و الشبکه لأجل الصید فوقع فیه صید یکون لذلک الشخص

لکن إذا نشر شبکه لأجل جفافها و وقع فیها صید فلا یکون له.

و ذلک للقصد فی الأول و عدمه فی الثانی و کذلک فی المثال الثانی

ماده (۱۳۰۴) إذا اتخذ حیوان وحشی فی بستان عشا الی آخرها.

تقدم الکلام فی نظائرها فلا تغفل.

الباب الخامس فی (بیان النفقات المشترکه

اشاره

و یشتمل علی فصلین)

الفصل الأول فی (بیان عمارات الأموال المشترکه و سائر مصارفها)

جمیع مواد هذا الفصل ضروریه واضحه لا کلام فیها نعم ماده (۱۳۱۲) إذا طلب شخص عماره الملک المشترک القابل للقسمه و کان شریکه ممتنعا و عمره بدون اذنه یکون متبرعا یعنی لا یسوغ له الرجوع علی شریکه بحصته و ان کان ذلک الشخص قد راجع الحاکم عند امتناع شریکه فبناء علی ماده (۲۵) لا یجبر علی العماره لکن یجبر علی القسمه.

ماده «۲۵» هی الضرر لا یزال بمثله- و لا ربط لها بالمقام فإن عماره الشریک للدار المشترکه مثلا لیس من الضرر أصلا بل هو إصلاح

و نفع فقد دفع الضرر عن نفسه و عن شريكه و لكن لا يضرر شريكه بل ينفعه و بالجمله فإذا عمر بإذن الحاكم استحق الرجوع على شريكه بلا اشكال و لو عمر بدون اذنه و دون اذن الحاكم فلا رجوع و هذه قاعده مطرده فی هذا الباب و منه يظهر الوهن فيما ذكروه فی ماده (۱۳۱۳)- و ان عمر من غير اذن الحاكم فلا ينظر الى مقدار ما صرف و لكن له ان يستوفى المقدار الذى أصاب حصه شريكه من قيمه البناء-، فان المتصرف بدون اذن المالك و الشارع متبرع لا حق له الا فی أحوال استثنائيه و ضرورات فرضيه فليتدبر، و القاعده المطروده فی باب الشركه ما سبقت الإشاره إليه غير مره من ان الشريكين ان اتفقا على إجاره أو عماره أو سكنى أو غير ذلك فهو و الا فالمرجع الى حاكم ليحكم بالحق فيما بينهم و يحل عقده الخصومه فإن تصرف أحدهما بدون اذن الشريك و اذن الحاكم فتصرفه باطل لا يستحق عوضا عليه و لا اجرا و لا اجره و هذا مطرد فی ملك كل مشترك من دار و عقار و حيوان و غيرهما فليتدبر

الفصل الثانی فی (حق كری النهر و المجاری و إصلاحها)

ماده «۱۳۲۱» كری النهر الذی هو غير مملوك إصلاحه على بيت المال

فان لم يكن وسعه فى بيت المال يجبر الناس على كريه.

إنما يجبر الناس على كريه إذا كان نفعه يعود إليهم اما لو لم يكن لهم فيه منفعه فلا وجه لجبرهم.

ماده (۱۳۲۵) النهر العام مملوكا أو غير مملوكا ان كان فى حافه ارض لأحد و ليس من غيرها طريق فللعامه المرور من تلك الأرض

لأجل الاحتياجات كشرب الماء و إصلاح النهر و ليس لصاحبها المنع.

هذا من باب تقديم الصالح العام على المصلحه الخاصه الذى يمكن ان يخصص قاعده (الناس مسلطون على أموالهم) (و لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه) و المسأله معقده تحتاج الى مزيد تأمل و استقصاء و باقى مواد هذا الفصل واضحه.

الباب السادس فی (بیان تعریف شرکه العقد و تقسیمها)

[الفصلان الأولان]

ماده (۱۳۲۹) شرکه العقد عباره عن عقد شرکه بین اثنین فأکثر علی کون رأس المال و الربح مشترکا بینهم.

قد ذکرنا ان هذه هی المقصوده بالأصاله من الشرکه التی ذکرها الفقهاء فی باب المعاملات و العقود و حیث انها موقوفه علی امتزاج المالین بحیث لا یتمیزان ذکروا من باب المقدمه أنواع الشرکات الموجبه لامتزاج المالین أو صیروره المال الواحد لاثنین أو أکثر حتی تتحقق الشرکه فیه و من هنا تعرف ان قوام الشرکه العقدیه بالمالین الممتزجین و علیهما یدور محور الشرکه و علی نسبتهما یکون الربح و الخسران لکل واحد من الشریکین سواء تساویا فی العمل أو اختلفا فإنما یتساویان فی الربح حیث یتساویان به و یختلفان فیه علی مقدار اختلافهما فیه و کذا الخسران، هذا مع إطلاق العقد اما مع الشرط فهو المتبع سواء کان الشرط فی ضمن عقد الشرکه أو فی ضمن عقد آخر

جـائز أو لا‌زم و ان کـان هنـا فی بعض الصور بحث و نظر، لا مجال لتفصـیله و لکن حیث ان الشـرکه المقصود منها الاسترباح و الاکتساب عقد و العقد لا یتحقق إلا بالإیجاب و القبول نصت ماده (۱۳۳۰) رکن شرکه العقد الإیجاب و القبول لفظا أو معنی.

یعنی لا‌ یعتبر فیها لفظ مخصوص و صـیغه خاصه بل یکفی کل ما دل علی ذلک و لکن الصـیغه المـذکوره فی هـذه الماده غیر وافیه بـالمعنی المقصود بـل اللا‌زم ان یمزجـا المـالین ان کانـا خـارجین امـا لو کـان مشترکا بان ورثا مالا أو کان لهما علی ذمه مـدیون فلا حاجه إلیه فیقول أحـدهما للآخر شارکتک علی العمل بهـذا المال و الاسترباح به فیقول الآخر قبلت و یلزمهما العمل معا فان کان بینهما شـرط ذکراه فی العقد و الا فالمقدار علی نسـبه المالین زیاده و نقیصه مناصفه أو مثالثه أو غیر ذلک و تجری علی النسـبه التامه إلا مع الشـرط فیتبع ماده «۱۳۳۱» شـرکه العقد تنقسم الی قسـمین فإذا عقد الشـریکان عقد الشرکه بینهما علی المساواه التامه إلخ.

عرفت ان عقد الشـرکه إذا وقع علی نحو الإطلاق اقتضـی المساواه حسب المالین فان تساویا فی المقدار کان لکل منهما النصف تساویا فی العمل أم لا و ان اختلف المقدار فلکل واحد من الربح و الخسران علی حسب ماله تساوی العمل أم اختلف و لا حاجه الی شـرط ذلـک فی العقـد نعم لو اتفقـا علی التفاوت لم یلزم الا بالشـرط فی عقـد لازم اما فی عقـد الشـرکه المتفق علی جوازه فالأصح الصحه أیضا و حاله حال الشروط

فی العقود الجائزه ثم ان هـذا النحو من الشـرکه هو (العنان) عنـدنا- و لعل وجه التسـمیه أن عنان المالین بید الشـریکین علی حد سواء و یظهر من هذه الماده ان غیر الإمامیه یسمونها شرکه «المفاوضه» أما شرکه العنان عندهم فهی التی لم یشترط فیها المساواه حینئذ فوجه التسمیه غیر واضح.

(و الخلاصه) انه لا تصح عند الإمامیه إلا الشـرکه علی المالین الممتزجین حسب ما عرفت و یسمونها شرکه (العنان) و کل شرکه علی غیر المـالین فهی بـاطله عنـدهم فلا تصـح شـرکه (المفاوضه) و یعنون بها ان یتعاقـد اثنان أو أکثر علی ان یکون بینهما علی السواء أو التفاضـل کلمـا یربحان من غنیمه أو تجاره أو حیازه أو میراث أو غیر ذلک من موارد الانتفاع و الفائـده کما ان علیهما کلما یغرمان من خساره فی تجاره أو جنایه أو غیرها، و کذا لا تصح شـرکه (الأبدان) بان یتعاقدا علی الاشتراک فیما یحصل من أعمالهم اتفق العمل أو اختلف و لا شـرکه (الوجوه) بان یتعاقـد وجهان لا مال لهما علی ان یبتاعا فی الذمه إلی أجل ثم یبیعان و یؤدیان الأثمان و تدریجا و یقتسـمان الفاضل نعم لو اشتریاه مشترکا بذمتهما أو وکل أحدهما الآخر فی الشراء صح و کان الربح لهما کما ان أحـدهما لو صالـح الآخر نصف منافعه إلی أجل معین بنصف منافع الآخر صـح لان الصـلح یحتمل من الجهاله ما لا یحتمله غیره من العقود، و من جمیع مـا ذکرنا هنا یتضـح بعض الکلام فی ماده (۱۳۳۲) الشـرکه سواء کانت مفاوضه أو عنانا أما شرکه

أموال، إلى الآخر.

فان النوع الأول أى شركه الأموال هى الصحيحه عندنا لا غير و هى شركه العنان اما الأنواع الأخرى كشركه الاعمال و شركه الوجوه فهى باطله كبطلان شركه المفاوضه الا بالنحو الذى عرفت.

ثم ان عقد الشركه عقد برأسه أثره صحه عمل كل من الشريكين فى المال المشترک بالاذن و لا حاجه الى جعله متضمنا وكاله كل من الشريكين للآخر فى التصرف و هو كعقد المضاربه الذى يضرب العامل بمال غيره و يكتسب على ان له حصه فى الربح و تصرفه بالمال الذى هو لغيره من مقتضى عقد المضاربه لا من تضمنه الوكاله فتدبره نعم لما كانت الشركه عقدا من العقود فلا ريب فى انه يعتبر فيه جميع ما يعتبر فى العقود من الشرائط العامه كبلوغ الشريكين و رشدهما و عدم الحجر عليهما و القصد و الاختيار و غير ذلک مما مر عليک فى تضاعيف العقود «و منها» المعلوميه و عدم الجهاله و تعيين حصه كل واحد منهما من الربح و الخسران كما فى ماده (۱۳۳۶)- و ماده (۱۳۳۷) كون حصص الربح التى تنقسم بين الشركاء كالنصف و الثلث جزء شائعا شرط. فإذا تقاول الشركاء على إعطاء أحدهم كذا غرسا مقطوعا تكون الشركه باطله،،، يعنى يشترط فى صحه عقد الشركه ان يكون توزيع الربح بينهما بنحو الكسر الشائع من ثلث و ربع و نصف فلو جعلاه مبلغا معينا كمائه درهم أو عشرين دينارا بطلت الشركه و صارت أشبه بعقد الإجاره، و ذلک لما عرفت من ان

عقد الشركه يتقوم و يدور على المالين و توزيع الربح بينهما بنسبتهما فلو جعلا لأحدهما مقدارا معينا صار الربح مختصا بأحدهما و هو مناف لجوهر عقد الشركه.

الفصل الثالث فى (بيان الشرائط المخصوصه فى شركه الأموال)

ماده (۱۳۳۸) كون رأس المال من قبيل النقود شرط

يعنى يشترط فى شركه الأموال أى شركه العنان كون المال الممتزج منهما الذى تعاقدا على الاسترباح به من النقود المسكوكه من ذهب أو فضه أو غيرهما.

و لازم هذا انه لو جعلا رأس المال عروضا كحنطه و نحوها لم يصح عقد الشركه مع ان فى ماده (۱۳۴۲) ما يظهر منه خلاف هذا كما سيأتى.

أما عندنا معشر الإماميه فيجوز عقد الشركه على كل مال نعم يشترط ان يكون عينا لا دينا و ان يكون معلوما لا مجهولا و قد تضمنت ماده «۱۳۴۱» الأول و لم تذكر الثانى، و فى ماده «۱۳۴۲»

لاـ يصح عقد الشركه على الأموال التى ليست من النقود كالعروض و العقار- شبه التهافت فإنها بعد ان منعت من الشركه فى العروض أولاـ إجازتها أخيرا فى الحنطه إذا خلط أحدهما حنطه بحنطه الآخر فقالت: يجوز لهما ان يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال و يعقدا عليه الشركه- و هذا الأخير هو الأصح.

ماده (۱۳۴۳) إذا كان لواحد برذون و لآخر؟؟ ممر؟؟؟

فاشتركا على ان يؤجراه الى الآخر،،، بطلان الشركه هنا لعدم امتزاج المالين اما لو باع أحدهما نصف حيوانه بنصف حيوان الآخر ضحت الشركه، و منه يعلم وجه عدم الصحه فى المال المذكور بماده (۱۳۴۴) إذا كان لواحد دابه و لآخر أمتعه و تشاركا على تحميل الأمتعه على الدابه و بيعها، الى الآخر.

نعم يصح هذا و الذى قبله و جميع ما هو على منوالهما لو أوقعاه بعقد الصلح.

الفصل الرابع فى (بعض ضوابط تتعلق بشركه العقد)

ماده (۱۳۴۵) العمل يكون متقوما بالتقويم

يعنى ان

العمل بتعيين قيمته يقوم و من الجائز ان يكون عمل شخص أكثر قيمه بالنسبه إلى عمل شخص آخر.

شرط الزياده فى الربح لمن له عمل زائد أو أنفع مما لا اشكال فيه بل لا يبعد جوازه حتى مع عدم الزياده.

ماده (۱۳۴۶) ضمان العمل نوع من العمل إلخ.

هذا ليس من عقد الشركه أصلا و لا تصح الشركه بهذا النحو نعم يصح الصلح عليه و يلزم، و كذا ماده «۱۳۴۷» كما ان استحقاق الربح يكون تاره بالمال و تاره بالعمل كذلك بحكم ماده «۸۵» يكون بالضمان إلخ.

فإن هذا لا يصح شركه و يصح صلحا.

ماده (۱۳۴۸) إذا لم يوجد أحد الأمور الثلاثه السالفه الذكر المال و العمل و الضمان فلا استحقاق للربح

فلو قال شخص لآخر اتجر أنت بمالك على ان الربح مشترك بيننا لا يوجب الشركه و ليس له أخذ حصته من الربح الحاصل فإنه أكل مال بالباطل.

«۱۳۴۹» استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور فى عقد الشركه و ليس هو بالنظر الى العمل الواقع – إلخ.

هذه الماده قاصره البيان مختلفه الأركان، و تحريرها ان الشريكين ان اشترطا العمل منهما متساويا أو متفاضلا لزم الشرط و لو أخل أحدهما بالعمل ينقص من حصته بنسبته تساوى المالان أو تفاضلا كما انه لو شرط العمل على واحد صح و يكون أشبه بالمضاربه فإن جعل له من الربح

مقدارا لزم سواء شرط له أكثر مما يستحقه من الربح بنسبه ماله أم لا، و ان لم يعينا له شيئا فقد يقال ان مقتضى الإطلاق المجانيه و هو محل نظر فإن أصاله حرمه عمل المسلم تقتضى ان يكون له اجره المثل أو من الربح بنسبه ماله الا ان يصرح بالمجانيه، هذا إذا ذكرا العمل اما إذا أطلقا فالعمل لازم على كل واحد نسبه ماله و لو أخل نقص بالنسبه و مما ذكرنا ظهر الخلل فيما ورد بهذه الماده من ان الشريک لو لم يعمل يعد كأنه عمل و لو عمل أحدهما و لم يعمل الآخر يعذر أو بغير عذر يقسم الربح بينهما و ان كان العمل مشروطا عليهما،، فإنه حكم جزافى و أكل مال بالباطل و لا سيما مع اشتراط العمل عليهما فتدبره.

ماده (۱۳۵۰) الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر.

هذا إذا سلم أحدهما المال للآخر أو تسالما على وضعه بيد أحدهما اما لو اتفقا على وضعه فى يد ثالث فلا ائتمان و هو واضح.

ماده (۱۳۵۱) رأس المال فى شركه الأموال ..

حاصلها ان رأس المال إذا كان من الشريكين متساويا أو متفاضلا فهى الشركه و ان كان من واحد و العمل من آخر و الربح بينهما فهى مضاربه و ان كان للعامل فقط فهو قرض و إذا كان لصاحب رأس المال فهو فى يد العامل بضاعه فإن ظهر منه تصريحا أو تلويحا التبرع و المجانيه فلا شى ء له و الا فله اجره المثل و الربح و الخسران كله على صاحب رأس المال.

ثم ان عقد الشركه عقد جائز لكل منهما فسخه متى شاء كما انه ينفسخ بموت أحدهما أو جنونه كما هو شأن العقود الجائزه و لو تعدد

الشركاء فالفسخ يختص بالمجنون و تبقى على حالها فى الآخرين كما فى ماده «۱۳۵۲»- و ماده «۱۳۵۴» مبنيه على ما تقدم من ان الدين لا يقسم فالمقبوض منه لجميع الشركاء و الباقى لهم اجمع فالحاصل لهم و التالف عليهم.

الفصل الخامس فى (بيان شركه المفاوضه)

ماده (۱۳۵۶) المفاوضان أحدهما كفيل الآخر كما بين فى الفصل الثانى إلى آخرها،

سبقت الإشاره منا الى ان نفس عقد الشركه بأى نوع من أنواعها لا تقتضى كفاله و لا وكاله إلا بتصريح مستقل و عقد آخر و ليس من مقومات الشركه و لا من لوازمها الطبيعيه ان يكون أحدهما كفيلا أو وكيلا للآخر.

ماده (۱۳۵۷) المأكولات و الألبسه و سائر الحوائج الضروريه التى يأخذها أحد المفاوضين لنفسه و اهله و عياله خاصه له لا حق لشريكه فيها

لكن يجوز للبائع مطالبه شريكه بثمن هذه الأشياء بحسب الكفاله أيضا.

الكفاله على تقدير تحققها بين الشريكين فإنما ينصرف إطلاقها الى ما يتعلق بشؤون التكسب و الاسترباح لا بالشئون الخاصه نعم لو صرحا بذلك جاز للبائع مطالبه كل منهما.

ماده «۱۳۵۸» المفاوضان فی شــرکه الأموال کما ان کونهما متساویین بمقدار رأس مالهما و حصتهما من الربح شرط کذلک عدم وجود فضله عن رأس مال أحدهما، إلی آخرها،،،

سوء التعبیر و تعقیـد البیـان بـالغ أقصاه فی هـذه الماده و لا یکاد یتحصل منها معنی جدیـد، و غایه ما یمکن اسـتخراجه من هـذه الأقفـال و الأغلاـل اعتبـار تسـاوی المـالین و ان لا یکون لأحـدهما فضـله تصـلح لتکون رأس مال فی الشـرکه کالنقود أو ما فی حکمهـا من المنقولاـت کـالحنطه و نحوهـا و لو کـان له فضـله لاـ تصـلح للشـرکه کالعقار و الـدین لم یضـر بالمفاوضه و تحقق المساواه و هو کما تری تافه و مستدرک.

ماده (۱۳۵۹) الشریکان فی شرکه الاعمال إذا عقدا – إلخ.

بلوغ شـرکه الأعمال الی هـذا الحـد البعیـد بحیث یمضـی إقرار أحدهما علی الآخر مع إنکاره بعید جدا، و بقیه مواد هذا الفصـل واضـحه علی مبانیهم اما عندنا فکلها ساقطه، و لا تضر الزیاده و النقصان برأس المال فی شرکه العنان، التی هی الشرکه الصحیحه عندنا لا غیر، و هی التی تکفل ببیان أحکامها و سائر شؤنها.

الفصل السادس (فی حق شرکه العنان)

اشاره

و هو یشتمل علی ثلاثه مباحث)

(المبحث الأول) (فی بیان المسائل العائده إلی شرکه الأموال)

ماده «۱۳۶۵» لا یشترط فی الشریکین بشرکه العنان کون رأس مالهما متساویا،،،

هذه الماده تشتمل علی الأمرین (الأول) عدم لزوم تساوی المالین فی شرکه العنان بخلاف شرکه المفاوضه و هذا قد تکرر فیما سبق فلا فائده فی بیانه (الثانی) انه لا یلزم الشریک ان یدخل جمیع نقوده و أمواله فی الشرکه بل یجوز ان یعقدها علی مقدار منها، و هذا أیضا واضح لا حاجه لبیانه إذ من ذا الذی یحتمل ان الشرکه لا تنعقد إلا بإدخال الشریک جمیع أمواله و نقوده فیها.

ماده (۱۳۶۶) کما یجوز کون عقد الشرکه علی عموم التجارات کذلک یجوز عقدها علی تجاره خاصه کتجاره الذخیره مثلا.

الشرکه کسائر العقود تدور مدار ما یلتزم به الطرفان من الشروط و القیود تعمیما و تخصیصا فان قیدا لزم القید و ان أطلقا جاز کلما شمله الإطلاق فلو اشترطا الاتجار بالطعام أو الحبوب لزم الاقتصار علیهما و الا جاز بهما و بغیرهما کما ان تقسیم الربح بینهما حسب ما تقدم یدور مدار الشرط زیاده و نقصان فان شرطا لأحدهما زیاده لزمت فی الشرکه

الصحيحه و ان لم يشترطا أو كانت الشركه فاسده فالمدار فى الربح و الخسران على نسبه المالين كما دلت عليه ماده «۱۳۶۷»- و ماده «۱۳۶۸»- و «۱۳۶۹»،- اما ماده «۱۳۷۰» إذا شرط شريكان تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال إلخ.

فقد عرفت انه لا حاجه الى الشرط بل هو مقتضى طبيعه الشركه و إطلاقها و انما الذى يحتاج الى الشرط هو الزياده و النقيصه عن حصه كل منهما من رأس ماله أو تساويهما فى العمل أو عدمه و أشباه هذا من الكيفيات التى لا يقضيها إطلاق الشركه فتدبره جيدا، كما نصت عليه ماده (۱۳۷۱) إذا تساوى الشريكان فى رأس المال و شرطا من الربح حصه زائده لأحدهما مثلا كثلثى الربح و كان عمل الاثنين مشروطا فالشركه صحيحه و الشرط معتبر، انظر ماده (۱۳۴۵) اما إذا شرط عمل أحدهما وحده فينظر ان كان العمل مشروطا على الشريك الذى حصته من الربح زائده فكذلك الشركه صحيحه و الشرط معتبر و يصير ذلك الشريك مستحقا ربح رأس ماله بماله و الزياده بعمله، لكن حيث كان رأس مال شريكه بيده كانت الشركه شبه المضاربه و ان كان العمل مشروطا على الشريك الذى حصته من الربح قليله فهو غير جائز فيقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال لأنه إذا قسم الربح على الوجه الذى شرطاه فلا يكون شى ء مقابل من مال أو عمل أو ضمان للزياده التى يأخذها الشريك الذى لم يعمل و استحقاق الربح انما هو لواحد من هذه الأمور الثلاثه، انظر ماده (۱۳۴۷) و (۱۳۴۸).

نقلنا هذه الماده بطولها لما يتراءى فيها من براعه التحقيق و استيعاب القسمه و قوه التنويع و التعليل و لكن لا يلبث هذا الرونق على محل النقد حتى يستبين زيغه أو يتضح زيغه، فان العمل إذا كان مشروطا على الشريک القليل الحصه من الربح لا يكون الآخر قد أخذ زياده بلا شی ء مقابل من مال أو عمل بل أخذها بالشرط لرأس ماله كالشخص الذی يكون منه كل رأس المال و العمل كله على العامل المضارب و يشترط صاحب رأس المال زياده فی الربح على النصف الذی حقه عند الإطلاق فإنه يأخذ الزياده بالشرط فی قبال رأس ماله كما يأخذ الآخر الأقل فی مقابل عمله و ماده (۱۳۴۸) لا ربط لها بما نحن فيه أصلا فإن موردها ما إذا لم يكن مال و لا عمل أصلا كما يتضح ذلک من مثالها و هو قوله اتجر بمالک على ان الربح مشترک بيننا فيستحق حصته فی الربح من غير مال و لا عمل و يكون أكل مال بالباطل بخلاف ما نحن فيه فان الشريک الذی اشترط لنفسه الزياده بغير عمل قد استحقها بإزاء رأس ماله الذی دفعه لشريكه غايته انه كان يستحق بالإطلاق على نسبه ماله من الربح و لكن بالشرط يستحق الزياده و لكن بإزاء ماله لا بلا إزاء شی ء و عموم المؤمنون عند شروطهم شامل له، و ما ذكرته المجله و ان كان له وراء و طلاء و لكنه عند التحقيق غثاء و من هنا يظهر ضعفه ما فی ماده (۱۳۷۲) التی هی كتكرير للماده المتقدمه و كانت هی مع طولها تغنی عن هذه الماده فيجب عند التحرير حذفها.

اما- ما فی ماده (۱۳۷۳)- و (۱۳۷۴) من جواز بيع مال الشركه نقدا و نسيئه قليلا أو كثيرا فهو مع الإطلاق و عدم مظنه الضرر

اما لو اشترطا البيع بالنقد أو بربح معين أو أطلقا و كان بيع النسيئه فی معرض التواء لم يصح شی ء من ذلك و هكذا ماده (۱۳۷۵) فان الشريك لا يصح له ان يشتری للشركه إذا اشترطا ان يكون البيع و الشراء للآخر اما مع الإطلاق فله ذلك.

ماده (۱۳۷۶) إذا اشترى أحد الشريكين بدراهم نفسه شيئا ليس من جنس تجارتهما يكون له خاصه.

يعنی لو اشترطا ان تكون تجارتهما بالأطعمه فقط فاشترى أحدهما ثيابا فلا إشكال فی ان الثياب لا تدخل بالشركه بل تختص بالمشتری و لكن من الحكم الجزافی قول المجله فی هذه الماده- لكن مع كون رأس مال الشركه فی يد أحدهما إذا اشترى مالا من جنس تجارتهم و لو بمال نفسه يصير للشركه.

فإن هذه مخالف لقاعده تبعيه العقود للقصود و لقواعد الشركه فإن الذی يدخل فی الشركه ما يشتری بمال الشركه لا ما يشتريه أحدهما بمال نفسه و لنفسه فيشترك معه فيه غيره قهرا عليه و خلافا لقصده و قد اشتراه بماله الخاص، أ فليس هذا من الجزاف

ماده (۱۳۷۷) حقوق العقد انما تعود للعاقد إلخ

سلطه كل واحد من الشريكين على التصرفات فی مال الشركه تصورها أرباب المجله بين إفراط و تفريط فقد تقدم فی آخر ماده (۱۳۵۶) و كما ان ما باعه أحدهما يجوز رده على الآخر بالعيب كذلك ما اشتراه أحدهما يجوز ان يرده الآخر بالعيب ثم ترقى الأمر و تفاقم الخطب حتى قالوا

بعـدها فی ماده «۱۳۵۷» المأکولات و الألبسه و سائر الحوائج الضـروریه یجوز للبائع مطالبه شـریکه بثمن هـذه الأشـیاء بحسب الکفاله أیضا.

فبینا تراهم یجعلون الشـریکین کشـخص واحـد حتی ما اشتراه لحوائجه الضـروریه یمکن ان یطالب به الشـریک الآخر، و إذا بهم یفرقون بینهم أشد التفرقه و یجعلون کل واحد مباینا للآخر کما فی هذه الماده و التی بعدها (۱۳۷۸) الرد بالعیب أیضا من حقوق العقد فما اشتراه أحد الشریکین فلیس للآخر رده بالعیب و ما باعه أحدهما لا یرد بالعیب علی الآخر.

فانظر الی هذا التهافت، هناک یجوز الرد بالعیب علی الآخر و هنا لا یجوز، و من المعلوم الضروری عدم الفرق فی هذه الآثار بین شرکه المفاوضه و شـرکه العنان و لیس الفرق بینهما إلا فی قضـیه لزوم التساوی فی رأس المال و الربح فی شرکه المفاوضه عند القوم و عـدم لزوم فی شـرکه العنان و لـذا کان لکل واحـد من الشـریکین فی النوعین الإیداع و الإبضاع و الإیجار و المضاربه و غیرها کما فی ماده (۱۳۷۹) کل واحد من الشـریکین له إیداع و إبضاع مال الشـرکه- لکن لیس له ان یخلط مال الشرکه بماله و لا ان یعقد شرکه مع آخر بدون اذن شریکه فان فعل وضاع مال الشرکه ضمن حصه شریکه.

و (الضـابطه) فی هـذا- ان کـل مـا فیه منفعه أو مظنه منفعه مـع الاـ من عـاده من الضـرر فإطلاـق العقـد یقتضـی جوازه لکـل من الشریکین و کل مالا منفعه فیه موقوف علی الاذن فضلا عما فیه مظنه الضرر

فلو اذن أحدهما للآخر اذنا عاما بجميع التصرفات لم يجز للمأذون أن يقرض من مال الشركه أو يهب أو ينتقل به من بلد الى بلد إلا بإذن صريح كما نصت عليه ماده (١٣٨٢) و ماده (١٣٨٣) من انه لو تصرف مثل تلك التصرفات التى لا يشملها العموم فضلا عن الإطلاق بل تحتاج إلى إذن صريح و حصل الضرر يكون ضامنا للخسار و هو واضح

ماده «١٣٨٤» إقرار أحد الشريكين شركه عنان بدين فى معاملاتها لا يسرى الى الآخر،،،

هذه الماده أيضا محتاجه إلى التحرير و حسن التعبير و كأنها مبتنيه عندهم على ما تقدم من ان شركه العنان لا تتضمن الكفاله و تحتاج الى تصريح بالوكاله و عليه فإقرار أحدهما لا يلزم الآخر بل يختص به و لكن لازم هذا انه لو أقر أنه دين لزم من معاملتهما معا يلزم بالجميع لا بالنصف إلا إذا صدقه شريكه، و على كل فتحرير البحث- انه لا يجوز لأحد الشريكين فى شركه العنان التى لا يصح عندنا غيرها- التصرف فى المال المشترك إلا بإذن صاحبه فان كان الاذن لواحد منهما فقط لم يجز التصرف للثانى و ان اذن كل منهما للآخر صح لكل منهما التصرف بمقدار الاذن مطلقا أو مقيدا انفرادا أو اجتماعا فلو اذن كل منهما للآخر بالتصرف مطلقا و منفردا فإقراره بالعين أو الدين يمضى على الآخر إذا أقر أنه دين على الشركه أو العين قد باعها و قبض ثمنها للشركه و الا لم يمض إقراره الا على نفسه نعم لو أطلق أحدهما الاذن للآخر و لم يقيده بنحو مخصوص لزمه ان يقتصر على ما هو المتعارف عند التجار فى بلده و زمانه كما فى المضاربه على ما سيأتى و لو

تجاوز فخسر ضمن.

المبحث الثانی (فی بیان مسائل عائده إلی شرکه الأعمال)

هذا المبحث و الذی بعده لا وجه لدخولهما فی هذا الفصل أصلا ضروره ان الفصل معقود لشرکه العنان و هی شرکه الأموال- فما وجه دخول شرکه الاعمال و الوجوه فیه- ماده (۱۳۸۵) شرکه الاعمال عباره عن عقد شرکه علی تقبل الاعمال فالاجیران المشترکان یعقدان الشرکه علی تعهد و التزام العمل، الی آخرها قد یعبر عن هذه الشرکه عندنا بشرکه الأبدان و لها صورتان «الاولی» ما ذکرته المجله من تعهد الشریکین بعمل تکون أجرته لهما متساویین أو بالتفاضل «الثانیه» ان یتعاقدا علی ان یعمل کل واحد علی حسابه مستقلا ثم یجمعان ما یرد لهما و یقتسمانه بالتساوی أو التفاضل حسب الاتفاق و کلاهما عندنا باطلان و لکل واحد أجرته لنفسه نعم یمکن تصحیحه بالصلح کما سبق و کل هذه الفروض و الأمثله المذکوره فی المجله لا تصح عندنا بعقد الشرکه و انما تصح بالصلح فقط- و کل مواد هذا الفصل صحیحه علی مبانی القوم و هی واضحه و عباراتها منسجه، نعم ماده (۱۳۹۸) إذا عمل شخص فی صنعته

هو و ابنه الذی فی عیاله فکافه الکسب لذلک الشخص و ولده یعد معینا له کما إذا أعان شخصا ولده الذی فی عیاله حال غرسه شجره فتلک الشجره للشخص و لا یکون ولده مشارکا له.

قد عرفت غیر مره ان عمل المسلم محترم فان ظهر من الولد انه یعمل لأبیه مجانا أو کان هناک عرف عام أو خاص یقتضی بهذا الظهور فهو و الا فهو مشکل بل یجوز للولد مطالبه أبیه بأجره عمله أو مشارکته بالشجره الا ان یکون قد قصد فی نفسه المجانیه فلا حق له بالمطالبه و کونه فی عیاله لا یقتضی سقوط حرمه إعماله الا ان یشترط علیه أبوه ذلک.

المبحث الثالث (فی بیان مسائل عائده إلی شرکه الوجوه)

ماده «۱۳۹۹» کون حصه الشریکین علی التساوی فی المال المشتری لیس بشرط إلخ.

عرفت ان شرکه الوجوه الباطله عندنا الصحیحه عند القوم هی عباره عن العقدین الاثنین علی ان یشتریا بالذمه و یبیعا و یقتسما الربح بعد ان یدفعا أصل الثمن الی الغرماء الدائنین و علیه فهی تدور مدار الاتفاق بینهما و الشرط من حیث التساوی و التفاضل فی الربح و الخسار و من حیث من یتولی البیع و الشراء و المال الذی یشتری به و یباع و غیر ذلک من شئون هذه المعامله و لکنها تتقوم بضمان الشریکین ثمن ما یشتریان من الأموال و بهذه الحیثیه یستحق کل واحد منهما حصه فی الربح و لکن بنسبه ضمانه و حصته فی الشراء فلو کان الشراء لهما علی المناصفه فالربح

بينهما كذلك و لا يصح ان يكون الشراء على المناصفه و الربح مثالثه كما فى ماده «۱۴۰۲» و كذا يتوزع الخسران عليهما بتلك النسبه فلا يسوغ ان يكون الشراء بينهما مثالثه و الخسار و الربح بينهما مناصفه كما فى ماده «۱۴۰۳» هذا خلاصه مواد هذا الفصل و لكن الأحكام المذكوره كلها استحسانيه و اعتباريه لا تستند على دليل راسخ و مقتضى القواعد العامه بعد عدم الدليل الخاص فى المقام انه يصح كل ما يتفقان عليه و يتراضيان به بالشرط و ما المانع ان يجعلا الربح مناصفه و الربح أثلاثا أو يدخل أحدهما فى الربح و لا يتحمل شيئا من الخسران فليتدبر.

ثم انه قد بقيت أبحاث مهمه فى أحكام عقد الشركه لم توضحها مواد (المجله) يلزم التنبيه عليها

اشاره

للإحاطه بهذا الموضوع من جميع أطرافه

«الأول» ان عقد الشركه جائز كما عرفت

فيجوز لكل منهما الرجوع فيه و المطالبه بالقسمه عروضا كان المال أو نقدا و ليس لأحدهما المطالبه بإقامه رأس المال بل يقتسمان الأعيان الموجوده إذا لم يتفقا على؟؟؟؟

و لو شرطا فيه عدم الفسخ إلى مده معينه كان حكمه حكم الشروط فى العقود الجائزه و لا يبعد لزومها كما لو شرط ذلك فى عقد لازم و بعد الأمد لا يتصرف أحدهما بالمال المشترك إلا بإذن جديد من الآخر سواء قلنا باللزوم أو عدمه

(الثانى) ان هذا العقد كسائر العقود الجائزه يبطل بموت أحدهما أو موتهما

أو جنونه أو إغمائه أو فلسه أو سفهه فلا يجوز للآخر التصرف و لكن لا تزول الإشاعه إلا بالقسمه

«الثالث» الشريک المأذون بالتصرف أمين لا يضمن ما يتلف بيده إلا بالتعدى أو التفريط

و يقبل قوله بالتلف بسبب خفى أو ظاهر و فى عدم الخيانه و التفريط و فى قصد انه لنفسه أو للشركه بيمينه

«الرابع» إذا باع الشريكان المال المشترك بعقد واحد

على مشتر واحد أو متعدد و قبض أحدهما من ثمنه شيئا فإن كان القابض وكيلا عن شريكه فى القبض أو مطلقا فهو لهما بلا اشكال و ان لم يكن وكيلا فالثمن اما ان يكون عينا شخصيه أو كليا ففى الأول ان قبض الثانى حصته منها أو أجاز قبض شريكه برئت ذمه الدافع و الا فحصته من العين مضمونه لو تلفت و له الرجوع ببدلها مخيرا بين الرجوع على الدافع أو القابض على قاعده توارد الأيادى، و ان كان الثمن كليا و لم يكن القابض وكيلا- حسب الفرض فان دفع الثمن اجمع كان قبض الشريك لحصه شريكه فضوليا فإن أجاز أو قبض فلا- اشكال و الا- فله الرجوع بها على القابض و ان كانت موجوده و على الدافع اما لو تلفت تعين رجوعه على الدافع المديون، و ان دفع حصه القابض فقط فان كان متمردا ممتنعا أو جاحدا للآخر تخير الشريك الآخر بين المشاركه فى المقبوض بناء على ان الدين المشترك لا يتعين بتعيين المديون و لا تصح القسمه فيه بل المقبوض لهما و التالف عليهما كما هو الأصح و بين الرجوع على الدافع، و ان لم يكن ممتنعا بل عازم على الوفاء فهل له المشاركه فى المقبوض أو يختص بالقابض قولان المشهور على الأول و وجهه ما عرفت و خالفهم جماعه بناء على ان بتعيين الغريم يتعين حق كل منهما و الأول أقوى و تخييره غير بعيد- هذا كله عند حلول الحقين فلو كان أحدهما مؤجلا لم يشارك صاحب الحق المعجل إذا

قبض بلا اشکال، و هذا التفصیل و البیان الوافی المستوعب یجری فی کل مال مشترک کالدین الموروث و إتلاف المال المشاع و غیرهما و یمکن التخلص بمصالحه کل واحد منهما عن حقه فیختص بما یقبض أو بالإبراء أو الاستیهاب معوضا أو غیر ذلک.

الباب السابع فی (حق المضاربه

اشاره

و یشتمل علی ثلاثه فصول)

الفصل الأول

ماده (۱۴۰۴) المضاربه نوع شرکه علی ان رأس المال من طرف و السعی و العمل من الطرف الآخر. یقال لصاحب المال رب المال و للعامل مضارب،،، هذا التعریف قاصر معنی و عباره و الأقرب منه الی حقیقتها انها معامله بین اثنین یکون المال من أحدهما و العمل من الآخر علی ان یتجر به و له حصه فی الربح و یتضح من هذا انها عقد إذا فلا بد فیها من إیجاب و قبول و لکن بما انها عقد جائز فلا یلزم فیها صیغه مخصوصه بل یکفی فیها کل ما دل علیها من العبارات کما نصت علیه ماده (۱۴۰۵) رکن المضاربه الإیجاب و القبول- الی آخرها.

و الموجب هو رب المال و القابل هو العامل فإن أطلق الموجب و قال خذ هذه الدراهم و اتجر بها بحسب رأیک و کیف شئت فهی المطلقه و ان قیده بنحو مخصوص زمانا أو مکانا أو جنسا و هکذا لزم علیه ان لا یتعدی ذلک فلو تعدی و تلف المال أو بعضه ضمن کما فی ماده

(۱۴۰۶) و (۱۴۰۷) المضاربه المطلقه هی التی لا ـ تتقید بزمان و لا ـ مکان الی آخرها، ثم ان المضاربه تتقوم بأربعه أرکان «۱» الصیغه أی الإیجاب و القبول و قد عرفت کفایه کل ما دل علیها و لا ـ یلزم فیها عباره مخصوصه «۲» المال الذی تقع فیه المضاربه،، و یعتبر ان یکون رأس المال من أحد النقدین فلا یصح بالفلوس و العروض و المال الذی فی الذمم نعم لو وکله علی قبض دینه و قال له ضارب به و کان من أحد النقدین أو قال له خذ هذه الحنطه أو الثیاب و بعها بأحد النقدین و ضارب به علی النصف أو الثلث أو نحو ذلک صح کما فی ماده (۱۴۰۹) و یظهر منها صحه المضاربه بالغروش و عندنا لا یصح، و ان یکون ملکا و قدره معلوما و لا ـ حق فیه للغیر کرهن و نحوه و ان یعین حصه العامل من الربح کسرا شائعا نصفا أو ربعا و ان أطلق فالمناصفه کما فی ماده «۱۴۱۱» یشترط فی المضاربه کشرکه العقد الی آخرها «۳» رب المال و یشترط فیه مضافا الی الشرائط العامه ان لا یکون محجورا علیه بفلس أو سفه و ان یکون قادرا علی تسلیم المال و ان یسلمه «۴» المضارب ای العامل و یشترط فیه مضافا الی تلک الشروط ان یکون قادرا علی العامل و لا یکون سفیها اما الفلس فلا یقدح فیه فلو اختل أحد الشروط بطلت المضاربه و لم یستحق العامل الحصه لو عمل و انما یستحق اجره المثل کما فی ماده (۱۴۱۲) و هذا تمام مواد الفصل الثانی.

الفصل الثانی (فی بیان أحکام المضاربه)

(ماده: ۱۴۱۳) المضارب أمین– رأس المال فی یده فی حکم الودیعه

و من جهه تصرفه فی رأس المال هو و کل رب المال و إذا ربح یکون شریکا فیه، عرفت فیما سبق ان الشرکه و المضاربه عقود مستقله أثرها صحه التصرف فهی و ان أفادت فائده الوکاله و لکن لا دخل للوکاله فیها و لا هی متضمنه لها کما انها تختلف عن الودیعه بأن الودیعه قبض متمحض لمصلحه المالک و المضاربه کالإجاره القبض فیها لمصلحه الطرفین و بهذا یختلف حکمها عن الودیعه فی بعض الجهات.

ماده (۱۴۱۴) المضارب فی المضاربه المطلقه بمجرد العقد یکون مأذونا فی العمل إلخ،،

المضاربه المطلقه الأمر فیها موکول الی المضارب و لکنها بطبیعه الحال عقلا و عرفا مقید بان لا یعمل ما یوجب الضرر أو ما فیه مظنه الضرر و الخسران و ان لا- یتجاوز المتعارف بین التجار و العرف فضلا عن اعتبار التحرز من الغبن الفاحش و غیره،، اما ما عدا ذلک من الشئون فهو مطلق العنان فیها من بیع و شراء بنقد أو نسیئه و الإیداع و الإبضاع و التوکیل و السفر و الحضر کلها جائزه له الا- ان یکون شی ء منها خارجا عن متعارف التجار أو فیه مظنه الضرر مظنه عقلائیه فلو خالف و حصل الضرر کان ضامنا و کذا قضیه الرهن و الارتهان و الإیجار و الاستیجار

و غير ذلك حتى خلط مال بمال المضاربه ان لم يكن فيه مظنه ضرر و لم يكن خلاف المتعارف.

ماده (۱۴۱۸) المال الذى أخذه المضارب بالنسيئه زياده على رأس المال بإذن رب المال يكون مشتركا شركه وجوه.

إذا استدانه المضارب صار شركه وجوه و الربح بينهما حسب الاتفاق و إذا استدانه على ذمه رب المال فهو مضاربه.

ماده (۱۴۲۳) إذا وقت رب المال المضاربه بوقت معين فيمضى ذلك الوقت تنفسخ المضاربه،،،

العقود الجائزه لا معنى لتوقيتها فلو جعل لها وقتا و أمدا معينا جاز لكل منهما فسخها متى شاء حتى لو اشترطها فى ضمن عقدها و لو قلنا بلزوم الشروط فى ضمن العقود الجائزه فإن معنى لزومها وجوب العمل بالشرط ما دام العقد اما إذا فسخ أحدهما فلا عقد و لا شرط خلافا لما يظهر من بعض أساتيدنا، نعم لو شرط بقاء العقد الجائز و عدم فسخه إلى أمد معين فى ضمن عقد لازم كبيع أو إجاره أو غيرهما لزم الشرط و العقد فتدبره جيدا.

ماده (۱۴۲۴) إذا عزل رب المال المضارب يلزم اعلامه بعزله و تكون تصرفات المضارب المواقعه معتبره حتى يقف على العزل – إلخ.

المضاربه فى هذه الجهه كالوكاله فكما ان الوكيل لا تبطل تصرفاته الا بعد بلوغ العزل اليه فكذلك المضارب اما جواز تبديل الأموال بالنقود بعد العزل كما فى هذه الماده فمشكل بل القاعده تقتضى العدم

ماده (۱۴۲۶) استحقاق رب المال للربح بماله فيكون جميع الربح له فى المضاربه الفاسده – إلخ:

المضاربه إذا كانت صحيحه استحق العامل من الربح الحصه التى وقع العقد عليها و ان وقعت فاسده و ربح العامل فالربح جميعه لرب المال ثم ان كان العامل يعلم بالفساد و أقدم على العمل لإحراز الاذن و الرضا من رب المال استحق أقل الأمرين من اجره المثل و الحصه التى وقع عليها العقد الفاسد و كذا إذا عمل و هو جاهل بالفساد اما لو لم يحرز الاذن مع علمه بالفساد فهو متبرع و لا شى ء له ربح أم لا و كذا لو عمل و لم يربح و كان مأذونا لأنه إنما أقدم على ان يكون له حصه فى الربح و الفرض انه لم يربح فلا شى ء له، ماده (۱۴۲۷) إذا تلف مقدار من مال المضاربه يحسب فى أول الأمر من الربح و لا يسرى الى رأس المال، و إذا تجاوز الربح و سرى الى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربه صحيحه أو فاسده،،، العامل يستحق حصته من الربح بمجرد ظهوره و لكن لا يصح له أخذها إلى انتهاء المعامله لاحتمال ورود خسران بعد فيجبر من الربح فكل خسران يرد يجبر من الربح فان ورد خسران على رأس المال لعدم ربح يجبر منه فالخساره على المالك و لا شى ء على العامل فى صوره الإطلاق و صحه عقد المضاربه اما مع الفساد فان كان مأذونا فلا غرامه عليه أصلا و ان لم يكن مأذونا و عالما بالفساد فهو ضامن للخساره كلها و لا يلحق رب المال شى ء منها، فما فى هذه الماده من إطلاق عدم ضمان العامل فى غير محله، نظير ما لو خالف الاذن كما تقدم فى ماده (۱۴۲۱)

و ماده (۱۴۲۲)،،،

ماده (۱۴۲۸) على كل حال يكون الضـــرر و الخسار عائدا على رب المال، و إذا شـــرط كونه مشتركا بينه و بين المضارب فلا يعتبر ذلک الشرط.

اما كون الضرر و الخسار عائدا على رب المال على كل حال- فقد عرفت ما فيه و انه على إطلاقه غير صحيح، و اما اشتراط كونه بينهما أو على المضارب فقط فالمشـهور عنـدنا كما فى المجله انه باطل و تبطل به المضاربه لأنه شـرط مناف لمقتضـى العقـد، و ناقش فيه السـيد الأسـتاذ قـدس سـره بأنه مناف لمقتضـى إطلاق العقد لا لذاته فلا مانع منه و إطلاق أدله الشـروط يشـمله و أنت خبير بأن طبيعه عقد المضاربه حسب العرف و السـيره الجاريه بين العاملين و أرباب الأموال تقتضـى عدم تحميل العامل شـيئا من الخساره إلا إذا فرط أو خالف الاذن و الشـرط و الشارع امضـى هذه المعامله على ما هى عليه عند العرف الا ما قام عليه الدليل و لعل هـذا مـدرک ما يـدعى من الإجماع عنـدنا على عـدم صـحه هذا الشـرط وفقا لما فى المجله ثم ان عقد المضاربه من العقود الجـائزه بلا خلاف من الفريقين و عامه أرباب المـذاهب فلو مات أحـدهما أو جن مطبقا تنفسـخ المضاربه كما فى ماده (۱۴۲۹) إذا مات رب المال أو جن جنونا مطبقا تنفسـخ المضاربه،، لا يختص الانفساخ بموت رب المال بل تنفسـخ أيضا بموت العامل و لا بالجنون المطبق بل بجنون أحـدهما و لو أدواريا كما تنفسـخ بفسخ أحدهما اختيارا أو بسـفه أو فلس يوجب الحجر عليهما أو على أحدهما كما تنفسخ

بتلف رأس المال تلفا سماويا اما التلف الضمانى فيقوم البدل مقام الأصل و تبقى المضاربه على حالها.

ماده (۱۴۳۰) إذا مات المضارب مجهلا فالضمان فى تركته

يعنى لو مات و لم يبين حال رأس المال أو الربح و كان الحال مجهولا فان ادعى الورثه الرد يقبل بيمينهم ان المال لبس عندهم و لا علم لهم به أو انهم يعلمون برده الا ان يقيم رب المال البينه ان المال فى تركه المضارب و بالجمله الورثه يقومون مقام المضارب فكما انه أمين يقبل قوله فى الرد و عدم الخيانه و عدم التفريط فكذلك ورثته نعم لو كان المال فى تركته فليس للورثه التصرف فيه بل يكون امانه بيدهم يجب رده الى المالك بعد أخذ حصتهم منه،،، و اعلم انه قد بقيت فى المضاربه أبحاث مهمه لم تذكرها المجله و قد ذكر فقهاؤنا بعضها فى مطولاتهم و مختصراتهم و لما كان ذكرها يوجب الإطاله و الحال الراهن العصيب يضطرنا الى الاختصار لذلك تركناها و ان عز علينا فوت تلك المحققات الثمينه.

الباب الثامن فی (بیان المزارعه و المساقاه

اشاره

و ینقسم الی فصلین)

الفصل الأول (فی بیان المزارعه)

اشاره

اعلم ان أفضل الأعمال التی یکتسب بها المال هو الزرع و قد ورد من الشارع المقدس فی الحث علیه و الترغیب فیه ما یفوق کل أسباب الکسب و وسائل العیش ففی بعض اخبار أهل البیت سلام اللّه علیهم:

الزراعون هم کنوز اللّه فی أرضه و ما فی الأعمال شیء أحب الی اللّه من الزراعه و ما بعث اللّه نبیا الا زارعا و سئل النبی «ص» ای الأعمال خیر قال زرع زرعه صاحبه و أصلحه و ادی حقه یوم حصاده و فی بعض الاخبار الکیمیاء الأکبر الزراعه، ازرعوا فلا و اللّه ما عمل الناس عملا أحل و لا أطیب منه، و انما جعل الزارعین کنوز اللّه لأنهم یستخرجون کنوز الأرض للناس،، ثم ان المزارعه تشبه المضاربه من جهه حیث ان الأرض من شخص و العمل فیها من آخر فهی تقوم مقام المال، و تشبه الإجاره من جهه أخری فإن العامل أجیر علی

العمل و الحصه من الزرع أجرته و صاحب الأرض مستأجر و ان كان العمل و البذر و العوامل من واحد و الأرض فقط من الآخر فالعامل هو مستأجر الأرض و صاحبها مؤجر و كذا الكلام فى المساقاه.

ماده «۱۴۳۱» المزارعه نوع شركه على كون الأراضى من طرف و العمل من طرف آخر يعنى ان الأراضى تزرع بينهما.

هذا التعريف كسائر تعاريفهم ضعيف فاتر، و أقرب ما يكون إلى حقيقه هذه المعامله ان يقال انها عقد بين مالك الأرض و آخر على ان يزرعها و يكون له حصه شائعه فى العائد منها، و حيث انها عقد فبالضروره يكون كما فى ماده «۱۴۳۲» ركن المزارعه الإيجاب و القبول- و الظاهر انه لا- يلزم فيها عباره خاصه و صيغه معينه بل يكفى فى انعقاده كل عباره تدل عليها و ان كانت عقدا لازما، و يكفى الاستدعاء من الزارع و القبول من صاحب الأرض كما نصت عليه هذه الماده.

ماده «۱۴۳۳» كون العاقدين عاقلين فى المزارعه شرط و كونهما بالغين غير شرط فيجوز للصبى المأذون عقد المزارعه.

يعنى إجراء الصيغه يشترط فيه العقل و التمييز فلو كان غير عاقل مجنونا أو غير مميز فصيغته لغو لان كلا منهما مسلوب العباره اما لو كان مميزا غير بالغ فعبارته صحيحه و لكن لا تنفذ عقوده إلا بإذن الولى فإذا كان مأذونا صحت و نفذت.

«۱۴۳۴» يشترط تعيين ما يزرع.

المزارعه كالمضاربه مطلقه و مقيده فإن أطلق المالك أو عمم كان للزارع ان يزرع ما شاء و لكن لا يخرج عن المتعارف فلو كان زرع القطن غير متعارف أو مظنه ضرر و المتعارف كما فى العراق زرع الحنطه أو الشعير أو الرز لم يجز له العدول عنها فلو عدل ضمن، و ان قيد لزم ان لا يتجاوز موضع القيد فلو تجاوز و تضرر ضمن.

ماده «۱۴۳۵» يشترط حين العقد تعيين حصه الفلاح جزء شائعا من الحاصلات كالنصف و الثلث الى آخرها.

هذا أهم شروط المزارعه يعنى تعيين حصه الزارع من الحاصل كسرا مشاعا نصفا أو ثلثا، فلو لم يعيناها عند العقد أو عينا مقدارا من النقود أو العروض أو الطعام بوزن مخصوص منها أو من غيرها بطلت مزارعه و لا ـ تصح اجاره بل له اجره المثل أو أقل الأمرين منها و من الحصه المتعارفه فى تلك الغله، و الأول أصح

ماده «۱۴۳۶» يشترط كون الأراضى صالحه للزراعه و تسليمها الى الفلاح.

هذا الشرط ضرورى و المزارعه بدونه باطله، و بقى شرطان آخران (أحدهما) استحقاق المزارع للأرض يملك العين أو المنفعه أو حق اختصاص بتحجير أو ولايه أو وصايه أو وقف خاص أو استعاره اما إذا لم يكن له حق فيها أصلا كالموات و مال الغير و غير ذلك فلا يجوز مزارعتها (ثانيهما) تعيين الأرض و تشخيص حدودها بما يرفع الجهاله و الغرر فلو زارعه فى قطعه من أراضيه و لم يعينها أو فى

إحدى القطعتين و لو كانتا متساويتين لم تصح نعم لا يشترط التشخيص و لو قال زارعتک على جريب من هذه الأرض على نحو الكلى فى المعين و كانت متساويه الاجزاء أو على نحو الكلى فى الذمه و وصفها مما يرفع الجهاله و دفع المصداق- صحت.

ثم إذا استجمعت المزارعه شروطها لزمت و استحق الزارع الحصه المشاعه من العائد و إذا اختل شرط من الشروط فسدت و كان الزرع كله لصاحب البذر و للآخر أجره أرضه بتقويم أهل الخبره و للفلاح ان كان اجره المثل كما ان للعوامل من بقر و آلات أجرتها، و الى بعض هذا أشارت ماده «۱۴۳۹» تكون كل الحاصلات فى المزارعه الفاسده لصاحب البذر الى آخرها،،، ثم انه قد مرت الإشاره الى ان عقد المزارعه بعد صحته يقع لازما و تحرير ذلک انه إذا وقع على مده معينه من سنه أو سنتين أو شهرين أو ثلاث لزم و لكن بشرط ان يكون الأمد صالحا لبلوغ الزرع المعين فى العقد أو مطلقا فلو عين وقتا لا يمكن حصول اى زرع فيه أو الزرع التى تصلح تلک الأرض له بطلت المزارعه طبعا و ان لم يعين فان كان هناک الذى شى ء متعارف و زمان معروف انصرف العقد اليه و تعين و ان لم يكن ذلک فالأصح البطلان للجهاله و ان أمكن الصحه بحمله على زمان يمكن به نضوج الزرع من قمح و نحوه أو خضراوات و نحوها و إذا وقع لازما لم يكن لأحدهما فسخه بغير سبب مشروع من شرط خيار أو عجز أو اتفاق منهما معا بالإقاله و نحو ذلک، اما إذا مات صاحب الأرض فالزارع يبقى على عمله إلى النهايه و يقسم الحاصل بينه و بين الورثه

و لو مات الزارع قام وارثه مقامه إلى نهايه الأمد و لو كان عاجزا حتى عن الاستيجار انفسخت و استحق الوارث عن المده الماضيه من الزرع بالنسبه و لم تذكر المجله بقيه شروط المتعاقدين من الاختيار و الرشد و الحريه أما (الفلس) فيقدح فى الملك لا ـ العامل إذا لم يكن منه مال أو بذر و الا لم يصح و تجوز مزارعه الكافر، كما أنها أهملت ذكر أبحاث مهمه فيها فوائد جمه، حالت بيننا و بين تحقيقها الأحوال بل الأهوال و نحن نشير الى بعضها إشاره إيماء (منها) ان خراج الأرض مع إطلاق العقد على المالك الا ـ ان يشترطاه على العامل أو عليهما و ما يأخذه المأمورون ظلما زائدا على الخراج فان علم انه على الأرض فعلى المالك أو على الزرع فعلى العامل و ان لم يعلم يوزع.

(منها) كل ما فسدت المزارعه فالزرع لصاحب البذر و للعامل اجره المثل فان كان البذر من المالك فالزرع له و عليه اجره العامل و العوامل و ان كان للزارع فالزرع له و عليه أجره الأرض، و ان كان لهما فالزرع لهما و لكل منهما على الآخر اجره ما يخصه من الأرض و العمل، و ان كان لثالث فالزرع له و عليه أجره الأرض لمالكها و اجره العمل للزارع و لا فرق بين علمهما بالفساد أو جهلهما أو اختلافهما و لا بين زياده الأجره على الحصه المشتركه أو نقصانها و يحتمل أقل الأمرين منها و من الحصه كما انه لو كان الفساد من جهه اشتراط عدم حصه للعامل فلا شى ء له لإقدامه على المجانيه.

(منها) إذا صح العقد ثم فسخ بخيار أو تقابل فان كان قبل

العمل فلا اشكال و لو كان بعده قبل ظهور الزرع فالحكم ما سبق فى صوره الفساد، و ان كان بعده قبل الإدراك أو بعده فهل يكون الزرع لصاحب البذر و للأرض أو العمل الأجره كصوره الفساد أو يكون بينهما على الشرط كما لو بقى العقد وجهان أصحهما الأول و للثانى وجه و هو الاستصحاب و على تقدير كونه كالفساد فان تراضيا على البقاء الى البلوغ بأجره أو بدونها فهو و الا فللمالك القسمه و إلزام العامل بأخذ حصته و لا يلزم المالك بالإبقاء و لو بأجره (منها) إذا عرض فى الأثناء قبل ظهور الثمر أو قبل نضجه ما يفسد العقد لو حصل فى الابتداء كانقطاع الماء أو استيلائه عليها أو نحو ذلك من الأعذار العامه كالثلوج المتراكمه و الموانع المزاحمه فهو كاشف عن فساد العقد من أصله و الصحه كانت ظاهريه و القول بالصحه و ثبوت الخيار لا وجه له.

و بقيت من هذا النظير أبحاث كثيره و ما ذكرناه من قبيل الأنموذج لها

الفصل الثانى فى (فى بيان المساقاه)

ماده (۱۴۴۱) المساقاه نوع شركه على ان يكون أشجار من طرف و تربيه من طرف آخر و يقسم ما يحصل من الثمر بينهما.

المساقاه كالمزارعه سوى ان المزارعه معامله على زرع الأرض

و المساقاه معامله على تربيه الأشجار و سقيها اما الشروط فتلك الشروط و الاحكام تلك الاحكام عقدا و صحه و فسادا و فسخا و حصه و جوازا و لزوما فالإعاده قليله الإفاده و كلما ذكرناه هناك يجرى هنا

نعم بقى فى المقام معامله ذات شأن دائره بين الملاكين، و عليها يدور عماره الأرضين و جعلها حدائق و بساتين

و هى عقد (المغارسه)

و لم تتعرض لها المجله، و هى شقيقه المزارعه كلاهما معامله على العمل فى الأرض و لكن تلك على زرعها و هذه على غرسها نخيلا و أشجارا و هى من الاعمال الاقتصاديه الحيويه بل الضروريه و لكن الغريب ان المشهور عند فقهائنا بطلانها بل ربما يدعى الإجماع عليه للأصل بعد كونها على خلاف القاعده و استشكل فيه بعض المتأخرين لأن الأصل مقطوع بالعمومات مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و الإجماع غير محقق و الأقوى الصحه و هى عباره عن عقد بين صاحب ارض و آخر على ان يغرسها إلى مده معينه و يكون له حصه فى تلك الغروس مشاعه ربعا أو ثلثا و نحوها سواء جعل له فى الأرض حصه أم لا و المتعارف فى بعض نواحى الفرات ان يكون ثلث لصاحب الأرض ملاكيه و ثلث للفلاح إزاء إتعابه البدنيه و ثلث للمصارف الماليه فإن قام شخص ثالث بها فالثلث له و ان قام بها الفلاح أو صاحب الأرض فله الثلثان و لو وقعت هذه المعامله و قلنا بالصحه لزم العمل على ما اتفقا عليه و ان قلنا بالبطلان فالغرس لصاحبه فان كان من صاحب الأرض فعليه اجره عمل الغارس ان كان جاهلا

بالبطلان بل و ان کان عالما به علی الأصح عندنا و ان کان الغرس للعامل فعلیه أجره الأرض للمالک مع جهله به بل مطلقا و له الإبقاء بالأجره بل یتعین مع الجهل و له الأمر بقلع الغروس أو قلعه بنفسه مع العلم بالبطلان و لیس علیه أرش النقصان نعم لو قلعها فی صوره الجهل کان علیه ذلک و قیل علیه التفاوت ما بین قیمته قائما و مقلوعا، و علی الغارس طم الحفر و إصلاح الأرض ثم لو قلنا بعدم صحه هذه المعامله أمکن تصحیحها بجعلها بنحو الإجاره أو المصالحه أو الشرکه بأن تکون الأصول مشترکه بینهما اما بشرائهما معا أو تملیک أحدهما للآخر نصفا منها مشاعا فیصالح صاحب الأرض الغارس علی ان یشتغل بغرسها و سقیها الی زمان معین بنصف منفعه أرضه أو بنصف عینها أو یستأجره علی عمل الغرس و السقی المعین بنصف الأرض أو نصف منفعتها و لو صدرت مغارسه و شک فی صحتها و فسادها بنی علی الصحه قد وافق ختامه بقلم مؤلفه الضعیف العاجز محمد الحسین آل کاشف الغطاء صباح الجمعه فی أواخر شهر صفر سنه احدی و ستین بعد الالف و الثلاثمائه هجری

الجزء الثاني القسم الثاني

اشاره

ص: ٢

بسم اللّه و له الحمد و المجد

الکتاب الحادی عشر فی الوکاله

اشاره

و یشتمل علی مقدمه و ثلاثه أبواب

المقدمه فی بیان بعض الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالوکاله

اشاره

ماده (۱۴۴۹)

الوکاله:

تفویض أحد امره لآخر و إقامته مقامه، هذا التعریف کما تری من الضعف و القصور فی الغایه و کأنهم نظروا إلی الوکاله بالمعنی العام لا بالمعنی الإصطلاحی عند الفقهاء، فقد عرفها الشهید قدس سره فی (اللمعه) بأنها استنابه فی التصرف و زاد فیه السید الأستاذ رضوان اللّه علیه، فی أمر من الأمور حال حیاته، لا خراج الوصایه التی هی استنابه فی التصرف بعد الممات و کلا القیدین لا لزوم فیهما فإن الوصایه لیست استنابه بل نحو ولایه و لذا لا ینعزل إلا بالخیانه، و کیف کان فتعاریف الفریقین لهذه العقود لیست هی الحقیقه بل شبح منها، اما حقیقه الوکاله فهی

عقـد يفيـد تسـليط الغير على التصـرف فيمـا له التصـرف فيه فـان كان فی حال الحياه فقط فهو الوكاله و ان كان بعـد الموت فهو الوصايه و قـد تكثر اسـتعمال هـذا اللفظ و مشـتقاته فی الكتاب الكريم على أنحاء شتى و أساليب مختلفه: لا إله الا هو خالق كل شی ء و هو على كل شـی ء وكيل حسـبنا اللّه و نعم الوكيل الى كثير من أمثالهما: عليه توكلنا، و كلنا بها قوما ليسوا بها بكافرين، و الجميع يرجع الى أصل واحد و هو السـلطه عامه أو خاصه فلله جل شانه السـلطه العامه و فی غيره السـلطه الخاصه منه لعباده أو من بعضـهم لبعض و اليه يرجع معنى المحـامی و الناصـر و عليـك بتطبيق ذلک فی سائر الموارد بلطف ذوق و قريحه و هی عند المشهور عقد و لكن الأستاد قوى انها ليست عقدا فقال ما نصه: و الأقوى عدم كونها من العقود فلا يعتبر فيها القبول و لذا ذكروا انه لو قال وكلتك فی بيع داری فباعه صح بيعه و الظاهر ذلک و ان غفل عن قصد النيابه الى ان قال: و المراد من عدم كونها من العقود انه لاـ يشترط فی تحققهـا القبول و الاـ فلو أوقعت بنحو الإيجـاب يكون عقـدا و يتحصـل انها تتحقق بكل من الوجهين، و انتهى أقول ان هـذا من المبـاحث التی استرسـل فيهـا الأصـحاب و تسـاهلوا و التحقيق العميق وراء مـا ذكروا و ان حقيقه الوكـاله ليست اسـتنابه و لاـ اذنـا فی التصـرف و ان تشابهـا أو تشاركـا فی الأثر و هو حليه التصـرف أو نفوذه و لكن تظهر الثمره فی آثار أخرى فإن حاق جوهر الوكاله كما

عرفت هو إعطاء سلطه الغير و من المعلوم ان هذه السلطه لا تكون للغير قهرا عليه بل انما تكون له إذا قبلها باختياره غايته ان قبولها لا يشترط فيه ان يكون بلفظ خاص بل يكفى كلما دل عليه بل لا يلزم فيه اللفظ أصلا و يكفى العقل فلو قال وكلتك فى بيع دارى فباع صح لانه دل بفعله على قبوله و هنا تتساوى الآثار و تشترک المؤثرات و لکن يظهر الفرق بين الاستنابه و الاذن و بين الوكاله بالمعنى الذى ذكرناه فى مقام الرد فلو قال وكلتک فى بيع دارى فرد و لم يقبل لم يصح بعد ذلک بيعه بخلاف ما لو قال أذنت لک فى بيع دارى أو استنبتک فى بيعها فرد فان الرد لا اثر له و لو باع بعد ذلک من دون اذن جديد صح و ما ذلک الا من جهه ان سنخ الوكاله من سنخ العقود و ذوات الأسباب الوضعيه، بخلاف الاستنابه و الاذن و التفويض فإنها من سنخ الجواز و الإباحه اللاحقه بالأحكام التكليفيه و بينهما بون بعيد،،، فتدبره اما الرساله فهى أجنبيه عن الوكاله كليه لأنها من قبيل الآله الصماء الحاكيه لصوت الغير و كلامه من دون حق فى التصرف أصلا فلا داعى لذكرها فى ماده (۱۴۵۰) الرساله هى تبليغ أحد كلام الآخر من دون أن يكون له دخل فى التصرف الى الآخر.

الباب الأول فی بیان رکن الوکاله و تقسیمها

رکن التوکیل الإیجاب و القبول

و هو ان یقول الموکل وکلتک بهذا الخصوص فإذا قال الوکیل قبلت أو ما یشعر به تنعقد الوکاله.

کذلک لو لم یقل و تشبث بإجراء ذلک الخصوص یصح تصرفه لانه یکون قد قبل الوکاله دلاله و لکن لو ردها الوکیل بعد الإیجاب لا یبقی له حکم بناء علیه لو قال الموکل وکلتک ورد الوکیل بقوله لا اقبل ثم باشر اجراء الموکل به لا یصح تصرفه- یعنی و یکون ضامنا، و هذه الماده قویه الأسلوب لفظا و معنی و لکن ماده (۱۴۵۲) الاذن و الإجازه توکیل قد عرفت منعها و ان المأذن لو رد الاذن و الإجازه ثم عمل صح إذا لم یتجدد منع من الآذن أو المجیز بخلاف الوکاله فتدبره جیدا فإنه من معادن التحقیق و کذا الکلام فی الإجازه اللاحقه فإنها لا علاقه لها بالوکاله أصلا و این

باب الفضولی من باب الوكاله! و اتحاد المسببات لا يقتضی وحده الأسباب فلا وجه لماده (۱۴۵۳) و اما- ماده (۱۴۵۴) فهی علی طولها لا طائل تحتها و هی غنيه عن البيان كوضوح ماده (۱۴۵۵) فان أساليب البيان مختلف حسب اختلاف القصود فقد يقصد المتكلم المالك جعلك وكيلا علی بيع سلعته أو شراء سلعه له و قد يجعلك واسطه و سمسارا بينه و بين البائع أو المشتری و هما متغايران حكما و موضوعا،»

ماده (۱۴۵۶) يكون ركن التوكيل مره مطلقا يعنی لا يكون معلقا بشــرط أو مضافا الی وقت أو مقيدا بقيد و مره يكون معلقا بشــرط الی آخرها

بناء علی ان الوكاله عقد و قد مر عليك غير مره ان التنجيز شرط فی عامه العقود الا ما خرج بالدليل و ان التعليق يفسد العقد- يتحصل من هاتين المقدمتين ان التعليق يفسد الوكاله فلو علقها علی شرط أو وصف كما لو قال أنت وكيل ان جاء زيد من السفر علی بيع داری أو أنت وكيل عند مجی ء الحاج بطل نعم لو قيد العمل الموكل فيه بقيد أو شرط صح كما لو قال أنت وكيل علی بيع داری و لكن عند مجی ء زيد فهو وكيل مطلق فعلا- و لكن علی البيع الخاص و (الضابط) انه ان جعل القيد أو الشرط للهيئه و الإنشاء بطلت و ان جعله للماده و المنشأ صحت و يمكن ان يكون مراد المجله فی جميع ما ذكرته

من الأمثله فی هذه الماده هو القسم الثانی فیکون صحیحا و ان کان خلاف ظاهر قولها: تنعقد الوکاله متعلقه بمجی ء التاجر، فإن الوکاله لا تکون معلقه کما عرفت بل التعلیق فی متعلقها فتدبره

الباب الثانى فى بيان شروط الوكاله

ماده (۱۴۵۷) يشترط ان يكون الموكل مقتدرا على إيفاء الموكل به- الى آخرها، لم تحرر (المجله) هذا البحث أعنى بحث شروط الوكاله كما هو حقه، و حق تحريره ان يقال: ان الوكاله تعتمد على أربعه أركان- الموكل- الوكيل- الموكل به- العقد، اما العقد فيعتبر فيه كلما يعتبر فى سائر العقود من إيجاب و قبول و لو بالفعل و تنجيز و مطابقه القبول للإيجاب نعم لا يلزم هنا التوالى فيصح ان يوكل الغائب و يقبل بعد بلوغ الخبر اليه، و اما الوكيل فيعتبر فيه مضافا الى التمييز الاختيار فلا يصح توكيل المكره و لا المجنون و غير المميز لانه مسلوب العباره- و ان يكون قادرا على اجراء ما وكل فيه فلو وكل على محاسبه عماله مثلا من لا يعرف الحساب من صغير أو كبير لم يصح نعم يشترط اذن وليه لو كان

صغیرا ممیزا إلاـ إذا کـان العمـل خفیفـا و لیس فیه مظنه ضـرر کاجراء صـیغه البیع و نحوه فقط- اما الموکل فیعتبر فیه مضافا الی العقـل و التمییز و الاختیـار کونه مالکـا للصـرف فیمـا وکـل فیه فلو کـان ممنوعا بمنع طبیعی أو شـرعی ذاتی أو عرضـی لم ینفذ توکیله فتوکیـل الصبی الممیز لاـ ینفـذ إلاـ بإجـازه الولی و توکیـل الراهن علی بیع العین المرهونه لاـ ینفـذ إلا بإجازه المرتهن و توکیل السـفیه أو المفلس لا ینفـذ إلا بإجازه الولی أو الغرماء و توکیل المجنون أو غیر الممیز لا ینفـذ أصـلا و هکذا کل ممنوع من التصـرف مطلقا أو مقیـدا، نعم فی ما هو معلوم المنفعه یصـح للممیز ان یوکل فیه کقبول الهبه أو الصـدقه حتی مع عـدم اذن الولی کمـا نصت علیه (المجله) فی هـذه المـاده، أمـا الموکـل به أی متعلق الوکـاله فـاعلم انه من أهم مباحث هـذا العقـد إذ من الضـروری انه لیس کـل عمـل یصـح ان یـأتی به الإنسـان یصـح ان یوکل فیه و کثیر من الواجبات بل و المباحث لا تتمشـی فیها الوکاله شـرعا و عرفا- إذا فلا بد من تحریر ضابطه لما تصح فیه الوکاله تمیزه عما لا تصح فیه، و قد ذکروا ان ضابطه ما لا یصـح فیه التوکیل هو کل عمل علم من الشارع اعتبار المباشـره فیه علی وجه خاص کالواجبات النفسـیه العبادیه مثل الصوم و الصلاه و الطهاره و الحـج الا ما قام علیه الـدلیل بجواز الاسـتنابه فیه و کذلک جمله من المسـتحبات مثل النوافل الیومیه و زیاره الاخوان و البدأه بالسلام اما رده فهو أیضا من الواجبات التی لا یصح فیها التوکیل فلو وکل شخصا علی رد

سلام من سلم عليه لم يسقط عنه و فعل حراما بتركه و مثل ذلك كثير من الحقوق الواجبه أو المستحبه كحقوق الزوجيه و حقوق العياده و غيرهما و كل عمل علم من الشارع ان الغرض منه نفس وقوعه من دون اعتبار مباشر معين بل و لو وقع من غير مباشر أصلا كالواجبات التوصليه كطهاره الثوب أو البدن أو دفن الميت أو الحرف و الصنائع التى يتوقف نظام البشر و حفظ الهيئه الاجتماعيه عليها كالنجاره و البنايه و الحياكه و أمثالها فإنها واجبات كفائيه و توصليه و يصح فيها التوكيل عموما كما يصح فى عامه المعاملات من البيع و الشراء و الإجاره و الصلح و أضرابها و فى كافه أنواع المكاسب كالاحتطاب و الاحتشاش و الحيازه و الاحياء و أشباهها (و الخلاصه) ان كل ما علم اعتبار المباشره فيه فلا توكيل فيه و ما علم عدم اعتبارها تصح فيه الوكاله، انما الكلام و الاشكال فيما لو لم يعلم و شك فى انه من أى النوعين فلا بد من تحرير الأصل الذى يرجع اليه عند الشك فقد يقال ان الشك فى صحه الوكاله و عدمها فى بعض الموارد يرجع الى الشك فى اعتبار المباشره و عدمها بناء على الضابطه المتقدمه و أصاله عدم اعتبارها يقتضى بأن الأصل صحه الوكاله فى كل مورد يشك فيه و لكنك خبير بأن أصاله عدم اعتبار قيد المباشره انما يجدى أو يجرى حيث يكون هناك عموم أو إطلاق فى المورد الخاص اما مع عدمه فلا مجال لذلك الأصل أصلا

مثلا لو قام الدليل على ان الأم لها حق الحضانه على ولدها الى سنتين أو أكثر و شككنا انه يقبل ان توكل غيرها فى القيام بهذا الحق فإن كان هناك إطلاق و شككنا أجرينا أصاله عدم التقييد بالمباشره و حكمنا بصحه الوكاله و الا فلا مورد لذلك الأصل كما هو ظاهر، اما التمسك للصحه بعموم وجوب الوفاء بالعقود بناء على شمولها للعقود الجائزه فلا يخلو أيضا من اشكال لعدم إحراز صدق العقد على مثل هذا و الدليل لا يحقق موضوعه، و إرجاع الأمر إلى بناء العقلاء فى معاملاتهم و أعمالهم فما كانت المباشره فيه لازمه عندهم لم تصح الوكاله فيه و الا صحت لا يجدى أيضا لحصول الشك فى بناء العقلاء كثيرا، و عدم العلم بأنهم يعتبرون المباشره فيه أم لا مع انه يشبه ان يكون بوجه دائر فمعرفه الصحه موقوفه على معرفه عدم اعتبار المباشره و معرفتها موقوفه على معرفه الصحه،،، و التحقيق العميق ان الماليات و ما يتعلق بها نقلا و انتقالا و تحصيلا و كسبا كلها تصح فيها الوكاله لعموم أدله السلطنه و الإباحه و الحليه و نحوها فتصح الوكاله فى عموم المعاملات و الحيازات بل و فى الإيقاعات و كذا فى عموم عقود الأنكحه و توابعها كالطلاق و العتق و الإبراء و نحوها فيمكن ان يقال ان الأصل فيها جميعا الصحه إلا ما خرج بالدليل كما ان الأصل فى العبادات مطلقا واجبها و مندوبها المنع الا ما ورد الدليل بصحته و يلحق بها الشهاده و العهود و النذور و الايمان فلا تجرى الوكاله فيها أصلا لظهور أدلتها فى اعتبار المباشره

بل لا معنی معقول لتوکیل شخص فی ان ینذر بالوکاله عنک أو یحلف کذلک أو یشهد عنک.

اما الحقوق فالنظر فی صحه التوکیل علی استیفائها و العمل بها فهو موقوف علی مراجعه دلیل کل واحد منها و النظر فی إطلاقه و تقییده و عمومه و خصوصه و هل یظهر منه اعتبار المباشره فیه أم لا ـ و هذا من خصائص الفقیه المجتهد الذی له ملکه الاستنباط و الغور علی دقائق الأحکام و اصابه حکمه التشریع و لا یلقاها الا ذو حظ عظیم،،، ثم نعود فنقول أیضا ان هذا البحث من أهم مباحث الوکاله و من العجب ان المجله لم تتعرض له لا بقلیل و لا کثیر و قد أعطیناک زبدته و صفوته و للّه المنه و منه التوفیق، و اتضح بما ذکرنا بقیه موارد هذا الباب:

الباب الثالث فی بیان أحكام الوكاله

اشاره

و يشتمل على سته فصول

[الفصل الأول]

ماده (۱۴۶۰) یلزم ان یضیف الوكیل العقد الى موكله فی الهبه و الإعاره و الرهن و الإیداع و الإقراض و الشركه و المضاربه و الصلح عن إنكار و ان لم یضفه الى موكله فلا یصح.

هذه الماده و التی تلیها ماده (۱۴۶۱) على طولها و تفاصیلها غیر وافیه و لا كافیه و تقسیمها غیر مستوعب و الحكم فیها بالتفصیل علیل عار من الدلیل، و تحریر البحث الذی هو أیضا من المباحث المهمه فی كتاب الوكاله- ان الغالب فی مواقع الوكاله بین البشر هی الإیقاعات و توابعها و العقود و ملحقاتها بل هما القدر المتیقن من الأعمال التی یصح فیها التوكیل بعد البناء على عدم صحته فی العبادات بقول مطلق- الا ما خرج،،، أما الإیقاعات كالطلاق و العتق و الفسخ و الإبراء و غیرها فلا

يشترط فى شى ء منها ذكر الموكل فى الصيغه فإذا وكله على عتق عبده.

و قال للعبد أنت حر أو وكله على طلاق زوجته و قال لها أنت طالق صح كما لو قال عبد فلان حر أو زوجه فلان طالق و لا يلزم ان يقول بحسب و كالتى عن فلان و هكذا سائر الإيقاعات، أما العقود فهى نوعان اما عقود الأنكحه فذكر الموكل و الموكله ضرورى فيها لأن الزوجين فى النكاح بمنزله العوضين فى البيع أركانه التى لا يصح الا بذكرهما فلو قالت زوجتك نفسى و قال قبلت وقع الزواج له و له قصد القبول لموكله لم يقع له و لا- لموكله لان العقد لم يطابق القصد فيبطل و اللازم ان تقول زوجت موكلك نفسى فيقول قلت لموكلى و هكذا نظائر ذا فيقول وكيل الزوجه لوكيل الزوج زوجت موكلى من موكلك فيقول قبلت لموكلى، و أما عقود المعاملات فهى أيضا نوعان اما عقود المجانيات كالهبه و العاريه و الوديعه و أمثالها فلا حاجه فيها الى ذكر الوكاله و الموكل فلو قال وهبتك هذه الدابه أو دار زيد و كان وكيلا- عنه فى هبتها صح ذكر الوكاله لفظا أولا، و عقود المغابنات و هى عقود المعاوضات كالبيع و الإجاره و المزارعه و نحوها من العقود اللازمه أو الجائزه فهى اما ان تكون شخصيه أو كليه يعنى اما ان يكون المبيع أو الثمن كليا فى الذمه أو شخصيا خارجيا فان كان شخصيا كما لو قال له وكلتك على بيع دابتى هذه فقال الوكيل للمشترى بعتك هذه الدابه صح و لو لم يذكر الموكل و الوكاله بل و حتى لو لم يقصد البيع عن الموكل بل و حتى لو قصد البيع لنفسه فان؟؟؟؟

القصـد يقع لغوا لما عرفت فی أبواب البيوع من ان العوض يـدخل فی ملک من خرج من ملكه المعوض سواء قصد ذلک أم لا، و اما إذا كان كليا كما لو وكله على ان يشترى له دارا بثمن كلى فى ذمه الموكل فان قال البائع للوكيل بعتک الـدار و كان عالما و قاصـدا انهـا لموكله و قـال الوكيل قبلت قاصـدا ذلک أيضا صـح و تعلق الثمن بـذمه الموكل و ان كان غير عالم و قال الوكيل قبلت قاصـدا لموكله و لم يـذكره صـريحا صـح أيضـا و لكن للبـائع الخيار إذا لم يقبل تعلق الثمن بـذمه الموكل فله الفسـخ و له الإمضاء بعـد العلم، اما لو قال قبلت و لم يقصـد القبول لموكله و لم يكن الثمن شخصـيا حسب الفرض صار البيع له لا لموكله و لزمه دفع الثمن من ماله.

امـا مـا ذكرته المجله من قضـيه حقوق العقـد فهى فی جميع الصور التى يصـح العقـد فيهـا للموكل مع علم الطرف الآخر بائعا أو مشتريـا فهى للموكـل و للوكيل على مقـدار سعه وكالته و ضـيقها فان كانت مطلقه؟؟؟ فله قبض المبيع و اقباض الثمن و الفسـخ بالعيب أو أخـذ الأرش و يطالبه البائع بالثمن و يـدفع له المثمن و هكـذا و ان كانت ضـيقه محـدوده بإجراء الصـيغه فقط مثلا أو أوسع بقليل فليس له شى ء من تلک الشئون.

(و بـالجمله) فحقوق العقـد أصاله للموكل و تبعا للوكيل بمقـدار ما جعل له الموكل نعم لو أضاف الوكيل العقـد الى نفسه و لم يكن الثمن أو المثمن شخصيا و ادعى انه قصد الشراء لموكله و البائع لا يعلم

كـان له إلزام الوكيـل بـالثمن و إمضـاء البيع عليه كمـا ان له ان يفسـخ و له إمضاء البيع على الموكل حسب ما يرى من صالحه و ثقته بالموكل فى دفع الثمن و عدمها، و عليك بالتدبر و إمعان النظر فيما ذكرنا حتى يظهر لك أنواع الخلل و الضعف بما ذكرته «المجله» فى هـاتين المـادتين فطـابق تعرف و بهـذا الطراز، يجب ان تحرر المشاكل و تحل الألغاز، ثم من المعلوم ان الوكيل فى منطقه وكـالته أمين لاـ يضـمن إلا بالتعـدى أو التفريط كما فى ماده (١۴۶٣) المـال الـذى قبضه الوكيـل الى آخرها و كان يجب تقييد عدم الضـمان بما إذا كان وكيلا أيضا على القبض اما لو كان وكيلا على البيع فقط فقبض و تلف المال كان ضامنا و ان لم يكن منه تعـد أو تفريطا ماده «١۴۶۴» لو أرسل المـديون دينه إلى الـدائن و قبل الوصول اليه تلف فى يد الرسول فان كان رسول المـديون يتلف من مـاله و ان كـان رسول الـدائن تلف منه و برء المـديون هـذا صـحيح إذا لم يكن المرسل إليه أجاز إرساله أو وكله على القبض و الا فالتلف عليه، ماده (١۴۶۵) إذا وكل أحد شخصين على أمر فليس لأحدهما وحده التصرف فى الخصوص الـذى وكلا به، و لكن ان كانا وكلا لرد وديعه أو إيفاء دين فلأحـدهما ان يوفى الوكاله وحده، و اما إذا وكل أحد آخر لأمر ثم وكل غيره رأسا على ذلك الأمر فاتهما أو فى الوكاله حاز هذا البحث كسوابقه

أيضا غير محرر و لا مستوفى و تحريره انه لا إشكال فى جواز تعدد الوكلاء من الموكل الواحد فى أمر واحد و يقع ذلك على صور «۱» ان يجعل لكل واحد منهم الاستقلال فكل من سبق تصرفه نفذ و بطل المتأخر و إذا اقترنا بطلا مع التزاحم كما لو باع أحدهما الدار من زيد و باعها الآخر فى ذلك الوقت من عمر و اما مع عدمه كما لو باعها كل واحد منهما من عمرو و وكيله بثمن واحد صحا معا كما لو باع هو و وكيله فى وقت واحد و لو كانا وكيلين فى دفع الدين فدفعاه استرجع من الدائن الزائد مطلقا كما لو دفع نفسه الزائد غلطا أو اشتباها اما لو كانا وكيلين على دفع الحق مع خمس أو زكاه و دفع كل منهما الى فقير نفذ المتقدم و يسترجع من المتأخر ان كانت العين الموجوده و الا- فلا- رجوع و مع التقارن يتخير فان التعيين له «۲» ان يجعلهما وكيلين على الاجتماع فلا يصح تصرف أحدهما مستقلا و فى إجراء الصيغه يوكل أحدهما الآخر أو يؤكلان ثالثا و يمكن ان يجريها كل واحد منهما فيتركب العقد من عقدين و لا مانع منه «۳» ان يجعل الاستقلال لأحدهما و الاجتماع للثانى فيستقل الأول و ينفذ و لا ينفذ تصرف الثانى الا بموافقه الأول «۴» ان يطلق الوكاله و يقتصر على قوله أنتما وكيلان على بيع دارى فإن كان لهذه العباره ظهور عند العرف فى اجتماع أو استقلال فهو و الا فالإطلاق و أصاله عدم القيد يقتضى الاستقلال و عدم تقييدهما بالاجتماع و مع عدم إحراز الإطلاق أعنى إهمال القضيه و عدم

التفاته الى هذه الناحيه أو الشك فاللازم الاجتماع لانه القدر المتيقن «۵» ان يجعل وكيلا على بيع داره مثلا ثم يجعل وكيلا ثانيا على بيعها من دون تعرض لاجتماعه مع الأول أو استقلاله فان ظهر منه عزل الأول بالثانى فهو و الا كان لكل منهما التصرف مستقلا و ينفذ السابق كما سبق، و لو مات أحدهما فى صوره الاستقلال حقيقه أو حكما انحصرت الوكاله بالثانى اما فى صوره الاجتماع فتبطل وكاله الثانى أيضا و ليس للحاكم ان يضم بدله إذ لا ولايه له على الحق الموجود نعم لو كان غائبا و خيف على المال تعين النصب أو الاذن للآخر بالتصرف من باب دلاله الحاكم على الغائب و لو عزل أحدهما فى صوره الاجتماع لم يصح للآخر أيضا ان يتصرف الا مع القرينه على اراده استقلاله بالوكاله- هذا تمام صور المسأله و لا فرق فيما ذكرنا بين الوكاله على رد الوديعه و إيفاء الدين أو غيرهما و الفرق بينهما و بين غيرها تحاكم بلا دليل و تفصيل بلا وجه

ماده (۱۴۶۶) ليس لمن وكل فى خصوص أمر ان يوكل غيره به الا ان يكون قد اذنه الموكل بذلك أو قال له اعمل برأيك

فعلى هذا الحال للوكيل ان يوكل غيره و يكون وكيلا للموكل لا للوكيل و لا ينعزل الثانى بعزل الوكيل الأول أو بوفاته هذه أيضا محتاجه إلى التحرير و ما ذكر انما يصح فى بعض الفروض دون بعض و على بعض التقادير لا على كل تقدير، و توضيح ذلك ان إطلاق الوكاله لا يقتضى جواز أن يوكل الوكيل غيره فى العمل

الذی وکل فیه الا ان یصرح له الموکل بذلک أو یجعل له الوکاله العامه فیقول له اعمل برأیک فی کل ما تراه صالحا و ما أشبه ذلک و حین إذ یأذن له أو یفوض الأمر إلیه فلا یخلو اما ان یظهر منه الاذن فی جعل الوکیل عن الموکل أو عن الوکیل أو لا یظهر منه شی ء من هذه الناحیه و علی الأول یتم ما ذکر فی الماده من انه لا ینعزل بعزل الوکیل الأول و لا بموته بل لا یصح للأول عزله و لا محاسبته إلا بإذن جدید من الموکل الأول و علی الثانی بکون أمر الثانی للوکیل الأول بعزله کما ینعزل بموته و لیس للموکل الأول ان یعزله لانه لیس منصوبا منه نعم لو عزل الأول سقط الثانی لأنه فزع منه و تبع له، و علی الثالث حیث لا ظهور فی کلامه علی أحد الأمرین أو لم یکن ملتفتا الی هذه الجهه کما لعله الغالب فالمرجع إلی الأصول فلا ینعزل الا بعزلهما معادلا ینعزل بموت الوکیل استصحابا لبقاء وکالته فی الحالین و هکذا

(۱۴۶۷) إذا اشترطت الأجره فی الوکاله و أوفاها الوکیل یستحقها و ان لم تشترط و لم یکن الوکیل ممن یخدم بالأجره یکون متبرعا لیس له اجره

إطلاق الوکاله یقتضی عدم الأجره و لو شرطها لزمت و انقلب عقد الوکاله إلی عقد إجاره فیعتبر فیها جمیع ما یعتبر فی الإجاره و تعیین العمل و المده و مقدار الأجره فلو حصلت الجهاله فی شی ء من ذلک بطلت و کان له اجره المثل لو قام بالعمل و مع اجتماع شروط الإجاره

تنقلب من الجواز الى اللزوم كما هو حكم الإجاره، اما مع الإطلاق و عدم الشرط فلا حق له بالأجره سواء كان ممن يخدم بالأجره أم لا، فالتقييد فى المجله لا وجه له

الفصل الثانى فى الوكاله بالشراء

ماده (١۴۶٨) يلزم ان يكون الموكل به معلوما

بمرتبه يكون إيفاء الوكاله قابلا على حكم الفقره الأخيره من ماده (١۴۵٩) يعنى اعتبار المعلوميه فى ما وكل به من بيع أو شراء أو نحوه و خلاصه تحرير هذا البحث كما هو حقه ان المعلوميه المعتبره ليست كالمعلوميه فى باب البيع و الإجاره و نحوهما بل يكفى المعلوميه فى الجمله فلو قال وكلتك فى شراء فرس لى كفى و صح ان يشترى له اى فرس بنظره و لكن لا يصح فى البيع ان يقول بعتك فرسا ما لم يعينها وصفا أو خارجا نعم لو عين الموكل فرسا معينه بوصف أو بإشاره لزم الوكيل ان لا يتعدى الى غيرها فلو تعدى كان فضوليا و مع عدم الإجازه يضمن الثمن فالضابطه الكليه فى هذا الباب ان الموكل إذا ذكر الموكل به من بيع أو شراء أو زواج أو طلاق وجب تعيينه

بنحو يمكن القيام به للوكيل ثم ان قيد بعد ذلك بقيود وجب اتباعها و الا كان الخيار للوكيل مثلا لو قال أنت وكيل على ان تزوجنى من امرأه كان له تزويجه من أى امرأه يختارها و لا تبطل الوكاله بعدم تعيين المرأه اما لو قال له أنت وكيل تزوجنى من امرأه بغداديه تعين ذلك و لا يصح تزويجه بغيرها و هكذا لو وكله على شراء حنطه أو حنطه المزرعه الفلانيه و على هذا القياس فى جميع الموارد.

و من هنا ظهر انه لا مانع من صحه الوكاله لو قال اشتر لى دابه أو ثيابا أو قال حريرا و لم يعين نوعه أو ثمنه فتصبح خلافا للمجله نعم لو قيده الموكل بنوع مخصوص أو ثمن محدود تعين اما مع الإطلاق فالاختيار للوكيل الا ان يكون عرف خاص أو عام فيحمل الإطلاق عليه و يكون بمنزله القيد إما الأثمان فمع تعيين الموكل لها تتعين و مع عدمه تتصرف الى ثمن المثل فما دونه فلو اشترى بأكثر من ثمن المثل أو باع بأقل منه كان فضوليا و لعل بهذا البيان اتضحت جميع مواد هذا الفصل و امتاز الصحيح منها من القيم على ان بعضها واضح غير محتاج الى البيان و بعضها تكرار مستدرك و الكثير غير مستقيم، و لو عين له ثمنا لزمه ان لا يأخذ بالأزيد قطعا اما الأخذ بالأنقص فهو جائز حسب المتعارف الا ان يعلم بان له غرضا خاصا بذلك المقدار فلا يجوز التخطى عنه مطلقا و مثله الكلام فى النقد و النسيئه فما ذكر فى ماده (١۴٧٩) على إطلاقه غير صحيح إذ قد يكون للموكل غرض معقول فى الشراء

نقدا و لا يرضى بالنسيئه فتجاوز الوكيل عن النقد إلى النسيئه يجعله فضوليا أو باطلا فليتدبر

ماده «۱۴۸۵» ليس للوكيل ان يشترى الشى ء الذى وكل بشرائه لنفسه الى آخرها

أ ليس هذا من الجزاف! و ما وجه منع الوكيل من شـراء الشـى ء لنفسه مع ان البائع حر فى بيع ماله لمن شاء و المشترى وكيلا أو غيره كـذلك و الوكـاله عقـد جائز و الشـراء لنفسه فى الحقيقه رفض للوكاله و عزل لنفسه عنها و لا يلزمه اعلام الموكل بخلاف العكس نعم فى بعض المقامات قد يكون ذلك خلاف المروه و شـبه الخيانه و لكن لا على وجه يجعله حراما و ممنوعا بل له ان يشترى لنفسه و لموكله كما نصت عليه ماده (۱۴۸۶) لو قال أحد اشتر لى فرس فلان الى آخرها و يشبه ان يكون بين هذه الماده و التى قبلها تهافت، كما ان عـدم تصـديقه لو قال بعـد تلف الفرس أو حدوث العيب اشتريتها لموكلى محل نظر بل يصدق يمينه لاـن الوكيل أمين و هو أدرى بقصـده و لا يعلم الا من قبله ماده (۱۴۸۸) لو باع الوكيل بالشـراء ماله لموكله لا يصح هذا أيضا لا وجه له الا ان يصـرح الموكل بذلك أو تقوم قرينه أو عرف عليه ماده (۱۴۹۲) إذا تلف المال المشترى فى يد الوكيل بالشراء أو ضـاع قضـاء بتلف من مـال الموكل و لكن لو حبسه الوكيل لأجل استيفاء الثمن و تلف فى ذلك الحال أوضاع يلزم على الوكيل أداء ثمنه

و لكن يرجع به على الموكل لان حبسه كان بوجه مشروع نعم لو كان الثمن مؤجلا و حبسه ثم تلف فى يده كانت الغرامه عليه لانه حبس غير مشروع يزول به الامانه و تكون يده يد ضمان لا ائتمان

ماده (١۴٩٣) ليس للوكيل بالشراء ان يقبل البيع بدون اذن الموكل

إلا إذا كان مطلقا بالبيع و الشراء حسب ما يراه

الفصل الثالث فى الوكاله بالبيع

خلاصه مواد هذا الفصل بأجمعها ان الوكيل المطلق على البيع من دون تعيين ثمن أو وقت أو غيرهما يبيع كيف شاء قليلا أو كثيرا و إذا عين الموكل له ثمنا أو وقتا بان قال له مثلا بع فرسى على فلان بالمبلغ المعين وجب عليه ذلك فلو باع بأقل أو على غير من عينه الموكل كان فضوليا و لو سلم المبيع فى هذا الحال كان ضامنا، و لو اشتراه لنفسه مع الإطلاق و بثمن المثل أو أكثر صح عندنا خلافا لماده «١۴۶» إذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه لا يصح.

نعم يصح هذا لو منعه صريحا أو قامت قرينه اما بدونهما فلا

و کـذا الکلام فی النقـد و النسـیئه و المـده ان قید الموکل بشـی ء منها لا یجوز للوکیل تعدیه و الا فإن کان عرف عام أو خاص فهو المبتع و الا أخذ بالقدر المتیقن و هو النقد و أقل مده فی النسیئه و هکذا.

الفصل الرابع فی (بیان المسائل المتعلقه بالمأمور)

ماده (۱۵۰۶) إذا أمر أحد غیره بأداء دینه و أداء من ماله یرجع ذلک الی الآمر شـرط الآمر رجوعه أم لا- یعنی قال علی ان أودیه لـک أو خـذه منی أو لـم یقـل غیر أد دینی فقـط،،، هـذه المعـامله غریبه الشـکل فی المعاملات إذ لیست هی وکاله لا محضه إذ الوکـاله انمـا هی فی مـال الموکـل لاـ مـال الوکیـل و لاـ هی قرض إذا القرض یحتـاج الی قبض و لا هی حواله إذ المفروض ان المأمور بری ء، و أغرب منها ما لو تبرع وادی الـدین بـدون أمر حیث یسـقط الدین و لا رجوع علی المدیون فکیف یسـقط دین شخص بمال غیره و هـذه مواضـعات جاریه عنـد العرف متفق علیها ظاهرا و تطبیقها علی القواعـد و الأصول العامه مشـکل، و قد صبهـا السـید الأسـتاد قـدس سـره بقالب آخر فقال: یجوز ان یوکل غیره فی أداء دینه من ماله تبرعا أو مع الرجوع علیه بعوض ما أداء و لکنک عرفت ان هذا لا یتفق مع أصول الوکاله فإن التوکیل

انما یصح للإنسان علی ماله لا علی مال الغیر ثم زاد (قده) فی الغرابه و الاشتمار عن القواعد فقال: و لا یصیر المدفوع ملکا للموکل قبل دفعه بل ینتقل إلی الدائن و هو ملک للوکیل (انتهی) و کیف یعقل ان یکون مال شخص عوض ما فی ذمه شخص آخر و قد مر علیک غیر ان العوض لا بد و ان یخرج ممن دخل المعوض فی ملکه، اللهم الا ان ترفع الید عن هذه القاعده کما فی (خذ مالی هذا و اشتر به طعاما لک) و قد فرع السید (ره) علی ما ذکره ما لو کان مدیونا لذمی فوکل ذمیا أخر علی وفاته فدفع له خمرا أو خنزیرا فعلی الانتقال الی ملک الدائن لا- یصح و علیه یصح قال! و یجوز ان یوکل غیره فی أداء ما علیه من الخمس أو الزکاه تبرعا أو بعوض إذ لا- یلزم ان یکون أداء الخمس أو زکاه من مال من علیه بناء علی المختار من جواز الشراء لنفسه بمال غیره مع اذنه و عدم منافاته لحقیقه البیع و الشراء و دعوی لزوم دخول المعوض فی ملک من خرج عن ملکه العوض ممنوعه إذ لیست حقیقه البیع إلا- مبادله المالین، انتهی و لا یذهبن عنک ان المبادله التی اعترف انها هی حقیقه البیع لو تأملتها تجدها إلا- القاعده المزبوره التی منعها مع ان ظاهرهم الاتفاق علیها لأنها نفس حقیقه البیع إذ أی معنی للمبادله بین المالین الا کون هذا فی موضع ذاک ای یدخل أحدهما إلی المحل الذی خرج منه الآخر فیملأ ذلک الفراغ و یشغل ذلک الشاغر، و الا فما معنی المبادله لو لا ذلک! و بما ذا

التحقق! و هذا هو معنى العوضيه أيضا فتأمله تجده جليا واضحا و مصاص التحقيق فى هذا المجال ان التوكيل فى التبرع لا معنى له أصلا إذ المتبرع يعمل باختياره و حريته سواء اذن له المتبرع عنه أم لم يأذن و كله أم لم يوكله بل لو منعه لم يؤثر المنع فى صحته و ترتب أثره و لكن لا بد لتصحيحه من انه بقصده وفاء دينه ينتقل المال الى المتبرع عنه اناما و لكن بقيد انه لوفاء الدين ثم يدفعه للوفاء كما لو اشترى له بماله اى بمال المشترى طعاما، و اما التوكيل مع شرط الرجوع فلا بد لتصحيحه من درجه اما فى الضمان بناء على توسيع دائرته أو فى الافتراض و التوكيل على قبضه عنه و دفعه لوفاء دينه و لو قال للمديون خذ دينك من فلان و انا أدفع له فهى حواله على البرين، و على كل فلا محيص من تخريج وجه لهذه المعاملات كى تندرج فى الأصول العامه و القواعد المسلمه التى لا يصح هدمها و الشذوذ عنها فاغتنم هذا و باللّه التوفيق.

و لعل من أجل تضمنه للوكاله أدرجته المجله فى مباحثها، ثم ان أكثر مواد هذا الفصل واضحه، و قد يحتاج بعضها الى يسير من التوضيح مثل ماده (۱۵۰۸) فإن المراد انه إذا أمره بالصرف على عياله أو بناء داره ينصرف المتعارف من المصرف حسب شأنهم و عادتهم فلو كان من شأنهم الألف فى الشهر فصرف ألفين لا يرجع إلا بألف و هكذا الدار حسب شأن الآمر ان لم يعين و ان لم يشترط لما عرفت مكررا من ان مال المسلم محرم لا يسقط الا بالتصريح

بالتبرع و تأويل الرجوع هنا اما الى إراده اصرف و انا أضـمن لك البدل و اما أقرضـنى و اصرفه على عيالى، ماده (۱۵۰۹) لو أمر أحـد آخر بقوله أعط فلانا،،، محصل هـذه ان أمر الآمر من حيث الرجوع و عـدمه بدور مدار القرائن و الأمارات من حال و مقال فمثل أعط هـذا الفقير و لم يقل و انا أدفع لك ظاهر فى ان يـدفع له من ماله اى مال الدافع بخلاف ادفع الى عيالى فإنه ظاهر فى الضمان و ان لم يشترط و هكذا، ماده (۱۵۱۰) لا يجرى أمر أحد إلا فى حق مكه،،، مبنيه على قضيته السبب و المباشر، و المباشر هنا أقوى من السبب فيكون الضـمان عليه اى على ملقى المال فى البحر لا على الآمر ماده (۱۵۱۱) لو أمر أحد آخر،،، كل و عد لا يجب الوفاء به بل يستحب استحبابا كالوجوب خصوصا عند أهل الشرف و الغيره فلو طلبت من شخص وفاء دينك و وعدك بذلك لا يلزم به له و ما عقديا و لكنه يجب أشد الوجوب وجوبا اخلاقيا (و وعد الحر دين) كما يقولون، نعم لا يجبر عليه إذا لم تجبره شـهامته و كرم طبعه- كما يجبر لو كان له عليه دين و قال له ادفع دينى الى غربى فلان كما فى ماده (۱۵۱۲) و بقيه المواد واضحه المراد و المدرك

الفصل الخامس فى (حق الوكاله بالخصومه)

قد استبان لک من مجموع فروع الوكاله أنها تدور مدار ما يعطى الموكل للوكيل من السلطه صراحه أو دلاله بحال أو مقال أو عرف أو عاده و التوكيل فى الخصومه من أخصب حقولها، و مهابط سيولها، و لا سيما فى هذه الأعصار التى كثرت فيها الخصومات فاستوجب كثره الوكلاء و المحامين العارفين بالقوانين مضافا الى انه لا يليق بأهل الشرف و الكرامات الوقوف فى المحاكم و المزاوله كالخصومه المزربه بذوى الشئون، و لكن الوكيل فيها كالوكيل فى غيرها لا يتعدى حدود ما وكل فيه صراحه أو دلاله فإذا وكل على الدفاع فقط لم يجز له الاعتراف و لا الصلح و لا التنازل نعم لو أعطاه وكاله عامه حسب ما يراه جاز له ذلك سوى الإقرار فلا يجوز له الا بالنص عليه بالخصوص ان قلنا بأنه مما تصح فيه الوكاله على تأمل أما العموم فهو منصرف عنه اى عن الإقرار و لا فرق فى قبول إقرار الوكيل عن الموكل و عدم قبوله بين وقوعه بحضور الحاكم أو غير حضوره و إذا قلنا بصحته و لو فى بعض خصوصيات الدعوى أو كان مقدمه

لکسب الـدعوى و صـيروره الحق له فلاـ ينعزل و إذا قلنـا بعـدم صـحته يقع لغوا و لا ينعزل الا بعزل من الموكل أو ظهور الخيانه الموجبه للانعزال قهرا فليتدبر.

الفصل السادس فی (بیان المسائل المتعلقه بعزل الوکیل)

حيث ان الوكـاله كما عرفت قـد جائز فللموكل ان يعزل الوكيل كما للوكيل ان يعزل نفسه مطلقا سواء تعلق بالوكاله حق الغير أم لاـ غـايته ان الموكـل فيمـا لو عزل الوكيـل على بيع الرهن عنـد حلول الأجل يجب عليه بيع الرهن بنفسه أو لوكيل أخر أو يـدفع الـدين و لاـ يبيع الرهن و صـرف تعلق الحق على الموكل لا يوجب عليه إبقاء الوكيل مع إمكان خروجه من الحق بوسائل أخرى كثيره كما ان تعلق الحق على الموكل لا يسلب حريته فی عزل نفسه الا ان يكون مستأجرا أو شرط ذلك عليه فی عقد لازم و هو خروج عن محـل البحث لاـن الكلام فی الوكاله المجرده من حيث هی و من هنا ظهر ضـعف أو فساد ما فی ماده (۱۵۲۱) و ماده (۱۵۲۲) و فيها: و لكن لو تعلق به حق الغير يكون مجبورا بإيفاء الوكاله

إذ لا وجه لجبره مع ان الوكاله عقد جائز و لا ملزم فی البین و كذلک لو وكل علی الخصومه بطلب المدعی و غاب الموكل فان له عزله فی غیابه و توكیل غیره و لا یتعین علیه إبقاء ذلک الوكیل و كل هذا واضح و لا اعرف وجها معقولا لما ذكرته (المجله) نعم لا- إشكال فی ان اثر الوكاله و نفوذها یبقی الی ان یبلغه خبر العزل فلو باع قبل بلوغ خبر العزل الیه كان بیعه نافذا علی الموكل و لیس له رده، كما فی ماده «۱۵۲۳» و هذا لدلیله الخاص و الا فالقاعده لا تقتضی ذلک ففی الخبر المعتبر قال سلام اللّه علیه من وكل رجلا علی أمر من الأمور فالوكاله ثابته أبدا حتی یعلمه بالخروج عنها كما أعلمه بالدخول فیها، اما لو عزل الوكیل نفسه فلا- یبقی علی وكالته إلی إعلام الموكل و لا- معنی لبقائها فی عهدته و قد عزل نفسه و لا یجب علیه الاعلام أیضا كل ذلک لعدم الدلیل و بطلان القیاس عندنا التی تبتنی علیه ماده (۱۵۲۴) إذا عزل الوكیل نفسه یلزم ان یعلم الموكل بعزله و تبقی الوكاله فی عهدته الی ان یعلم الموكل نعم ما ذكر فی ماده (۱۵۲۵) من قضیه لزوم اعلام المدیون بعزل الوكیل علی قبض الدین فلو لم یعلمه الموكل أی الدائن و دفع الی الوكیل برأت ذمته بلا إشكال لأنه معذور بعدم العلم ثم ذكرت «المجله» بقیه أسباب العزل فی المواد الباقیه و هی [۱] موتهما أو موت أحدهما، [۲] و جنونهما أو جنون أحدهما [۳] انتهاء العمل الذی وكل به، و بقی أسباب أخری لم

تـذكرها المجله (منهـا) زوال موضوع الوكـاله كمـا لو ماتت الـدابه الموكل على بيعها «و منها» الحجر على الموكل فيبطل توكيله على تصرفاته الماليه «و منها» عروض الرق أو الرده الموجبه لقسمه أمواله لأنها بحكم الموت (و منها) عروض الفسق فيما لو كان وكيلاـ على أمـوال الأيتـام أو الوقـف أو كـان مقيـدا بالعـداله (و منهـا) عروض الإغمـاء و قـد بقيت فى الوكـاله مبـاحث مهمه و تحقيقـات واسـعه لم تتعرض لهـا «المجله» و لاـ تسـمح لنـا الأـحوال الراهنه بـذكرها و نشـرها، منهـا مبـاحث النزاع بين الوكيل و الموكل:

الکتاب الثانی عشر (فی الصلح و الإبراء)

اشاره

و یشتمل علی مقدمه و أربعه أبواب:

المقدمه فی بیان بعض الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالصلح و الإبراء

اشاره

المقدمه ماده «۱۵۳۱»

الصلح:

هو العقد الذی یرفع النزاع بالتراضی هذا التعریف کسائر تعاریفهم قاصر بعید عن حقیقه هذا العقد، و حقه ان یقال: انه عقد شرع لحسم الخصومه محققه فعلا أو مقدره فرضا، و هو من اسمی التشریعات الإسلامیه و أشرف مؤسساتها و قد وردت فی القرآن المجید آیات کریمه فی التنویه عنه و الحث علیه (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَیْنَ أَخَوَیْکُمْ) و هذه الجمله؟؟؟؟ (نجمه الصباح) فی أفق التشریع و مثلها، فلا جناح ان یصلحا بینهما صلحا، و الصلح خیر، ثم تعقبتها السنه النبویه و زادته وضوحا بالحدیث النبوی المشهور (الصلح جائز بین المسلمین الا ما حرم حلالا أو حلل حراما) و قد سبق بعض الکلام فیه فی مباحث الشروط و یأتی نبذه منه

الکتـابه و لاـ الإشاره من القادر علی الکلام و تلزم فیه سائر ما یلزم فی العقود من الرضا و الاختیار و القصـد و التوالی و التطابق و هو عقـد لاـزم لاـ ینفسـخ الا بالقابل أو شـرط الفسـخ أو أحـد الخیارات العامه کالغبن و العیب و نحوهما، و یصـح مع الإنکار و الإقرار و السـکوت کما فی ماده (۱۵۳۵) الصـلح ثلاـثه أقسام إلی آخرها نعم یختلف عن سائر العقود اللازمه بتحمل مقـدار من الجهاله لا تتحمل فی سائرها کما سـیأتی، و أرکان الصـلح خمسه- العقـد، المصالـح المصالـح له، المصالـح عنه، المصالح به، و لکل واحد شروط، اما شروط العقد فما عرفت، و لفظه الصریح صالحت أو صالحتک و مشتقاتها، و صحته بمثل تراضینا و اتفقنا و القرار بیننـا و أمثـال ذلـک مع قصـد تلـک الحقیقه غیر بعیـده (و حقیقته) لیست هی صـرف التسـالم کمـا یقال بل هی الالتزام بالتسالم و التعهـد برفع الخصومه الموجوده أو المفروضه کما عرفت و لا یلزم تصور المتصالحین کل هـذه الخصوصـیات بل هی معـان ارتکازیه یکفی قصـدها الإجمالی بقصـد حقیقه الصـلح و یصـح الإیجاب و القبول من کل منهما فلا یختص الإیجاب من واحـد و القبول من أخر کما فی بعض العقود. و قـد أهملت المجله هـذا البحث اعنی البحث فی صـیغه هـذا العقـد و ألفاظه کما أهمله کثیر من أصـحابنا اما المصالـح و المصالح له فلا یعتبر فیهما أکثر من الشـرائط العامه فی المتعاقدین سوی ان البلوغ یمکن ان یکتفی عنه هنا بالتمییز و لکن مع اذن الولی و کفایه صدور الصیغه منه مع الرشد و عدم الحجر

و أمثالها كما فی ماده (۱۵۳۹) يشترط ان يكون المصالح عاقلا الی آخرها و اما المصالح عنه فهو أعم من العين و الدين و الحق و المنفعه و الدعوی أو تقرير أمر بينهما، و هو اعنی المصالح عنه ركن فی عقد الصلح إذ لا بد ان يصالحه عن شی ء أو علی شی ء، اما المصالح به فغير لازم و يمكن تحقق الصلح بدونه كما فی الصلح المفيد فائده العاريه أو الهبه، و هو ای الصلح عقد مستقل و ان أفاد فائده البيع أو الإجاره أو الهبه أو الإبراء و انفرد الشيخ الطوسی أعلی اللّه مقامه بكونه تابعا لمفاده فإن أفاد فائده البيع فهو بيع و ان أفاد فائده الهبه فهو هبه و هكذا و تظهر الثمره فی ترتيب احكام البيع عليه و عدمها و من خيار مجلس و غيره و فساده بالجهاله و نحوها بخلافه علی المشهور و فی الهبه بلزوم القبض أو عدمه و لكن من المعلوم ان افاده عقد فائده الآخر لا يقتضی وحدتهما يعنی ان وحده المسبب لا تستلزم وحده السبب، و علی كل فيلزم فی المصالح به المعلوميه و عدم الجهاله و لو فی الجمله فالجهاله المفسده فی البيع لا- تفسد الصلح و انما تفسده الجهاله المطلقه كما يلزم كونه صالحا للملكيه و مملوكا للمصالح أو مما له الولا-يه عليه بنحو و تجری فيه الفضوليه و يقف علی الإجاره اما المصالح عنه فلا تقدح فيه أيضا الجهاله و يصح حتی عن اليمين و عن الدعوی و ان كانت مجهوله نعم يعتبر فی صلح الولی عن الصغير حصول الغبطه له بذلك فلو خلا عن مصلحه الصغير بطل كما فی ماده «۱۵۴۰» إذا

صالـح ولی الصبی عن دعواه الی آخرهـا، و اما- ماده (۱۵۴۳) فقد سـبق فی مباحث الوکاله ما یغنی عنها فان الصـلح کالبیع من بعض الجهات فان صالح للموکل کان العوض علیه ان صرح بذلک إلا إذا کان کفیلا عنه و ان قصده و لم یصرح کان للمشتری أو المصالـح إلزامه بـالعوض و یرجع به علی الموکـل و ان لم یقصـده کـان متبرعـا، هـذا کله مع ثبوت الوکـاله و تحققها اما مع عـدمها فهو فضولی أو متبرع کما فی ماده «۱۵۴۴» و تحریر هـذه الماده ان من صالح عن دعوی بین اثنین بغیر اذن و لا طلب من المـدعی علیه فـان صـرح ان عـوض الصـلح فی ذمته أو فی عین خـارجیه من أمواله فهو متـبرع و یلزمه دفع العوض لاـن الصـلح صحیـح و لازم و ان عینه فی مال المدعی علیه فهو فضولی موقوف علی اجازته و ان أطلق و لم یعین حتی فی القصد کان أیضـا بحکم الفضولی و ان کان الإطلاق یقتضی ان العوض علیه فلیتأمل.

الباب الثانی فی (بیان بعض أحوال المصالح علیه و المصالح عنه و بعض شروطهما)

ماده «۱۵۴۵» ان کان المصالح علیه عینا الی آخرها.

یمکن ان یعطی قاعده کلیه و هی ان کلما یصح ثمنا فی البیع یصح الصلح به و علیه و لا ـ عکس فان المجهول فی الجمله لا یصح ثمنا فی البیع و یصح عوضا فی الصلح فنقول صالحتک عن دعواک بما فی قبضه یدی و لا یصح مثله فی البیع.

ماده «۱۵۴۶» یشترط ان یکون المصالح علیه مال المصالح ..

هذا الشرط طبیعی فی جمیع عقود المعاوضات بل و غیرها و لکن هو شرط فی نفوذها و ترتب آثارها فورا لا شرط فی صحتها فهی من غیر الملک صحیحه و لکنها موقوفه علی اجازه المالک، و علیه فلا یصح قول المجله هنا: لو اعطی المصالح مال غیره بدل الصلح لا یصح صلحه

ماده «۱۵۴۷» یلزم ان یکون المصالح علیه و المصالح عنه معلومین ..

قد عرفت ان المعلومیه و لو فی الجمله کافیه فی صحه الصلح فی المصالح علیه و المصالح عنه سواء کانا محتاجین للقبض و التسلیم أم لا- نعم الجهاله المطلقه مانعه فلو صالحه علی ان یعطیه و لم یعین جنسه أو مقداره بطل لان الصلح شرع لحسم ماده النزاع و مثل هذا الصلح مما یمدها و یزیدها، و لکن لو قال بدراهم بین العشره و العشرین صح و ان کانت لا تصح فی البیع و نحوه.

الباب الثالث فی (المصالح عنه

اشاره

و یشتمل علی فصلین)

الفصل الأول فی (الصلح عن الأعیان)

ماده (۱۵۴۸) ان وقع الصلح عن الإقرار علی مال معین عن دعوی مال معین فهو فی حکم البیع

فکما یجری فیه خیار العیب و الرؤیه و الشرط تجری دعوی الشفعه ..

عرفت ان الأصح هو ان الصلح عقد مستقل حتی فی الموضع الذی یفید فائده البیع أو الإجاره و اشتراک عقدین فی نتیجه واحده لا- یقتضی تساویهما فی الاحکام و کان حق المقام بناء علی کون المصالحه بین المالین بیعا ان تقول المجله انه یجری خیار المجلس و نحوه مما یختص بالبیع اما خیار العیب و الشرط فهی من الخیارات العامه و تجری فی الصلح سواء کان بیعا أو مستقلا و علی کل فالحق ان الاحکام الخاصه بالبیع کالشفعه و خیار المجلس لا تجری

فی الصلح و لا ینافی هذا انه لو ظهر البدل مستحقا یرجع المصالح له علی المصالح بعوضه ان کان کلیا فإنه من الأحکام العامه و یبطل الصلح ان کان العوض شخصیا فتدبره جیدا، و من هنا تعرف وجه النظر فی ماده (۱۵۴۹) ان وقع الصلح عن الإقرار علی المنفعه فی دعوی المال فهو فی حکم الإجاره،،، یعنی لو ادعی علیه مالا و أقر به ثم صالحه عنه علی سکنی سنه مثلا فی داره کانت اجاره و لکن لا- ثمره هنا بین الإجاره و الصلح فافهم ماده (۱۵۵۰) الصلح عن الإنکار أو السکوت هو فی حق المدعی معاوضه و فی حق المدعی علیه خلاص من الیمین و فداء،،، الأصح أنه معاوضه فی حقهما معا غایته ان المعوض من جهه المدعی هو حق الیمین و الاستحلاف و العوض من جهه المدعی علیه مال أو عقار یدفع به الیمین عن نفسه، بناء علیه لا تجری الشفعه فیه مطلقا اما لو ظهر مستحقا فالحکم ما عرفت من البطلان فی الشخصی و الرجوع فی الکلی فتدبره جیدا

ماده (۱۵۵۱) لو ادعی أحد مالا معینا کالروضه و صالح علی مقدار منها،،،

هذا من الموارد التی یکون الصلح فیها مفیدا فائده الإبراء و الإسقاط یعنی ان المدعی أسقط دعوی بعضها، و رضی ببعض منها و صالحه علی ذلک و هو أیضا من قبیل الصلح بلا عوض مالی أو مادی و منه یعلم تمام الکلام فی المواد الأربع المذکوره فی.

الفصل الثانی فی بیان الصلح عن الدین ای الطلب و سائر الحقوق

فان جمیعها مبنیه علی قضیه الإسقاط و الإبراء و الصلح بلا عوض خارجی

الباب الرابع فی بیان احکام الصلح و الإبراء

اشاره

و یشتمل علی فصلین

الفصل الأول فی بیان المسائل المتعلقه بأحکام الصلح

ماده «۱۵۵۶» إذا تم الصلح فلیس لواحد من الطرفین فقط الرجوع،،، عرفت ان الصلح عقد لازم حتی فیما لو أفاد فائده العقود الجائزه کما لو صالحه علی العاریه أو المضاربه أو الهبه لم یکن لأحدهما

الفسـخ نعم يصـح فيه التقايـل برضاهمـا كمـا يصـح فی البيع لأن الحق لهما و لكن الصـلح فی موضع الاسـقاط و الإبراء لا معنی للتقايـل فيه كمـا نبهت عليه مـاده «۱۵۵۸» ان كـان الصـلح فی حكم المعـاوضه إلی آخرهـا ثم ان من شـأن العقود اللازمه عـدم البطلان بالموت كما فی ماده (۱۵۵۷) كما ان مقتضـی اللزوم انه لو صالحه عن دعواه سقط حق المطالبه باليمين طبعا و عليه ماده (۱۵۵۹) و قد ظهر مما سبق تمام الكلام فی ماده (۱۵۶۰) و حاصلها ان المال المصالح به إذا ظهر مستحقا فان كان كليا فی الذمه و دفع المصداق فظهر انه مستحق فلا يدخل علی الصلح خلل بل يبدله بمصداق آخر و ان كان شخصيا متعينا بطل.

الفصل الثانی فی بيان المسائل المتعلقه بأحكام الإبراء

ماده (۱۵۶۱) إذا قـال أحـد ليس لی مع فلاـن نزاع و لا دعوی الی آخرها،،، حقيقه الإبراء هو إسـقاط مال أو حق مالی لشـخص علی آخر و هو إيقاع لا عقـد فلا يحتاج إلی إيجاب و قبول إلا إذا كان بطريق الصـلح فإذا سـقط لا يعود فلا موضع فيه للفسخ و الإقاله كما فی ماده

(۱۵۶۲) إذا أبرأ أحد آخر الى آخرها و هو انما يتعلق بحق ثابت فلا يشتمل ما يثبت بعد ذلك كما فی ماده (۱۵۶۳) ليس للإبراء شمول لما بعده،،، ثم ان إسقاط الدعوى انما يصح لأنها حق مالى اما لو لم ترجع الى مال كدعوى حق القذف أو حق الغيبه فيشكل سقوطه بالإسقاط كما يشكل المصالحه عليه بالمال نعم يظهر من بعض الاخبار سقوط حق الغيبه بالإسقاط و براءه ذمه المستغيب بإبراء المستغاب فليراجع، و لا ريب ان الإبراء يكون عاما و يكون خاصا على حسب تقيد المبرئ كما فی ماده (۱۵۶۵) و التى قبلها (۱۵۶۴) و باقى مواد هذا الفصل واضحه لا مناقشه فيها سوى ماده (۱۵۷۰) إذا أبرأ الذى فی مرض الموت أحد ورثته من دينه فلا يكون صحيحا و نافذا و اما لو أبرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله فإنه عجيب و غريب و حكم معكوس فان القريب و هو الوارث اولى من الأجنبى بالاحتساب عليه من الثلث هذا لو قلنا بان منجزات المريض من الثلث اما لو قلنا بأنها من الأصل فلا إشكال فی الصحه و النفوذ مطلقا (و الخلاصه) انه لو أبرأ المريض مدينه وارثا أو غيره صح من الأصل مطلقا على القول بان منجزاته من الأصل و يصح من الثلث على القول الآخر مطلقا أيضا بل فی الصوره الأولى أولى.

الكتاب الثالث عشر (فی الإقرار)

اشاره

الباب الأول فی (بیان بعض الاصطلاحات الفقهیه)

اشاره

ماده (۱۵۷۲)

الإقرار:

هو اخبار الإنسان عن حق علیه لآخر، عرف فقهاؤنا الإقرار بأنه اخبار عن حق سابق لا یقتضی تملیکا بنفسه بل یکشف عن سبقه و أخصر منه انه اخبار عن حق ثابت- لإخراج الاخبار عن حق یثبت کالاخبار بأنه سوف یملکه فإنه وعد لا یجب الوفاء به فقها و ان وجب أخلاقا، ثم ان من أحکام الإسلام الضروریه نفوذ الإقرار و لزومه علی المقر و لکن بعد استجماع الشرائط فی المقر، و المقر له، و المقر به، و صیغه الإقرار و یتضح أکثر هذه الاعتبارات و الملاحظات من المواد الآتیه، أما شرائط المقر فهی کما فی ماده (۱۵۷۳) یشترط ان یکون عاقلاـ بالغا- الی قولها: و لکن الصغیر الممیز المأذون فی حکم البالغ فی الخصوصیات المأذون بها:

الوصیه و الصدقه و نحوها من أبواب المعروف و ان لم یکن مأذونا و لازم هذا نفوذ إقراره فیها لقاعده (من ملک شیئا ملک الإقرار به) کما انه لو کان مأذونا من الولی فی بیع أو شراء و نحوهما نفذ إقراره فیها أیضا و الیه إشاره (المجله) و أقوی شروط نفوذ الإقرار کونه صادرا عن رغبه و اختیار، فلو کان مکرها علی إقراره لم یکن له اثر کما نصت علیه ماده (۱۵۷۵) یشترط فی الإقرار رضا المقر،،، و ان لا یکون محجورا علیه لسفه أو فلس کما فی ماده (۱۵۷۶) ان لا یکون المقر محجورا محجورا الی آخرها.

و کذا یشترط ان یکون المقر به محتمل الوقوع عاده فلو قال الفقیر المعدم استقرض من مثله الف دینار بطل هذا الإقرار، و مثله ما لو أقر بالبلوغ و جسده لا یساعد علی ذلک کما فی ماده (۱۵۷۷) یشترط ان لا ـ یکذب ظاهر الحال الإقرار،،، و لم تتعرض المجله لبقیه أحکام الإقرار بالبلوغ کما لم تتعرض لشی ء من أحکام الإقرار بالنسب مع انهما من أمهات مباحث الإقرار و قد استوفی فقهاؤنا أحکام کل منهما مفصلا و نحن نتعرض لکل واحد منهما موجزا فنقول: ذکر بعض فقهائنا ان الصبی أو الصبیه لو أقر بأنه بالغ فان ادعاه بالاحتلام قبل منه بلا یمین و الا لزم الدور، و دفعه بان البلوغ موقوف علی الیمین و الیمین موقوف علی إمکان البلوغ غیر تام، و ان ادعاه بالإنبات توقف علی الاختبار و ان ادعاه بالسن توقف علی البینه (و تحریر) هذا البحث بما هو امتن و ارصن یستدعی تمهید

مقـدمتین قبلا (الاولی) ان الـدلیل الذی یعتمد علیه فی أصل حجیه الإقرار هو النبوی المشـهور (إقرار العقلاء علی أنفسـهم جائز) مضافـا الی إشـعار جمله من الآیـات المجیـده: کونوا قوامین بالقسـط شـهداء بالحق و لو علی أنفسـکم) و مقتضـی إطلاق النبوی المزبور ان المـدار فی الإقرار هو العقـل لا ـ البلوغ فلو أقر العاقـل ای الرشـید الممیز بشـی ء نفـذ إقراره و ان لم یکن بالغا و نسـبه الدلیل المزبور إلی أدله رفع القلم عن الصبی حتی یبلغ و عدم ترتیب اثر علی تصـرفاته و ان کان هی العموم من وجه فیتعارضان فی الصبی العاقـل و لکن لا ـ یبعـد ان الترجیـح لـدلیل الإقرار فیخصـص به عموم رفع القلم و ذلک لوجوه أقواها ان تعلیق الجواز علی العقـل بأنه هو الملاک فان العاقل لا یعترف بما یضـره کاذبا فیکون له مثل نظر الحکومه علی الأدله و مفاده ان إقرار العاقل نافـذ علیه بالغـا کـان أو غیر بـالغ (الثانیه) ان الاحکام التی تنفـذ بالإقرار علی المقر هی التی علیه لا التی له فلو أقر الصبی بالبلوغ ترتب علیه وجوب الصوم و الصـلاه و النفقـات و الزکـاه و نحوهـا دون الـتی له کأخـذ أمواله من الولی و صـحه نکـاحه و بیعه و شرائه و نحوهـا فـان البلوغ بالنسـبه الی هـذه الآثـار دعوی منه تحتاج إلی إثبات و لا فرق فی ذلک بین الاسـتناد الی الاحتلام أو السن أو الإنبـات، نعم فی دعوی البلوغ بالاحتلـام یمکن ان لا ـ یکلف بـالبینه لأـنه من الأمور التی یعسـر اطلاع الغیر علیها و لکن یجری مثل هذا فی السن أیضا فإنه یعسر إقامه البینه علیه

غالبا فيلزم تصديقه أيضا و لكن التصديق بمجرد الدعوى مشكل و اليمين دورى، و الأولى إناطه قبول مثل هذا الإقرار أو الدعوى الى نظر حاكم الشرع فى القضايا الشخصيه و ما يستنبطه من قرائن الأحوال فتدبره و اغتنمه (أما الإقرار بالنسب) فيعتبر فيه مضافا الى الشرائط العامه فى مطلق الإقرار عده أمور (۱) ان يكون ما أقر به ممكنا عاده و لا يكذبه الحس فلو أقر بولد هو أكبر سنا منه أو مساويا أو أقل بمقدار لا يمكن تولده منه لغا الإقرار (۲) ان لا يكذبه الشرع فلو أقر بولد ثابت تولده من غيره ببينه أو شياع أو نحو ذلك لغا أيضا (۳) ان لا يدعيه من يمكن لحوقه به فان الولد لا يلحق بأحدهما إلا بالبينه و مع التعارض فالقرعه (۴) تصديق المقربه ان كان بالغا عاقلا حيا، و يسقط فى الصغير و المجنون و الميت فلو أقر ببنوه واحد منهم ثبت فى حق المقر و حق أقربائه و لا يسمع إنكاره بعد البلوغ و لا المجنون بعد صحته على المشهور نعم الحكم مقصور على ولد الصلب فلا يسرى الى ولد الولد و الى الأب فلا يتعدى الى الأم و كل إقرار بنسب يلزم فيه التصديق سوى الثلاثه المتقدمه و لو تصادق كبيران على نسب صح و توارثا و لا يتعدى الى غيرهما إلا فى الولد الكبير فيتعدى إلى أقاربه على المشهور، ثم ان الأصحاب فرعوا على الإقرار بالنسب فروعا خطيره و كثيره لا مجال لذكرها هنا فلتطلب من مواضعها

ماده (۱۵۷۸) يشترط ان لا يكون المقر به مجهولا بجهاله فاحشه إلخ.

هـذا بـاب الإقرار بالمجهول و المبهم و فقهاؤنا رضوان اللّه عليهم حرروها أحسن تحرير، و خلاصـته بتنقيـح منا أن الإبهام اما ان يكون فى المقر له أو فى المقر به و على «الأول» فاما ان يكون مرددا بين افراد محصوره فيلزم المقر بالتعيين فان عين و الا بحبس حتى يعين، و اما ان يتردد بين افراد غير محصوره كما لو قال لأحـد أهالى هـذه البلده على دين و فيها خلق كثير لغا هذا الإقرار و لم يكن له أى أثر (و فى الثـانى) يلزم بالتفسـير أيضـا فـإن فسـره بما له ماليه يقبل منه و لو قليلا و الا حبس حتى يعين، و لو أبهم المقر له ثم عينه فى شـخص دفع له المـال المقر به فـان ادعـاه آخر حلف المقر و الا أخـذه المـدعى بنكول المقر أو بالبينه، و لو عينه فى شخصـين اقتسـماه و ان ادعى أحـدهما اختصاصه به حلف المقر انه لهما و ان نكل أخذه مدعى الاختصاص كما لو أقام الـبينه و ان أقر بـه لهمـا و اختلفـا فـادعى كـل منهمـا الاختصـاص و انـه له حلـف المقر انه ليس له فـان نكـل عن يمين أحـدهما اختص؟؟؟؟ حلف لهما معا اى حلف بأنه غير مختص بأحدهما اقتسـماه و من هنا يسـتبين لك الخلل فيما ذكرته المجله فى آخر هـذه الماده بقولها: و ان اختلفا فلكل منهما ان يطلب من المقر اليمين بعـدم كون المال له فان نكل عن يمين الاثنين يكون المال مشتركـا بينهمـا و ان نكـل عن يمين أحـدهما يكون ذلـك المـال مسـتقلا لمن نكـل عن يمينه و ان حلف للاثنين يبرأ المقر من دعواهما و يبقى المال المقر به فى يده (انتهى) و وجه الفساد فيه واضح فإنه إذا حلف للاثنين فاما ان

يحلف انه غير مختص بأحدهما بل مشترك فاللازم ان يقتسماه كما ذكرنا و ان حلف انه ليس لهذا حق فيه و لا للآخر فهذا إنكار بعد الإقرار و من قبيل تعقيب الإقرار بما ينافيه فيلزم بإقراره الأول انه لهما و على كل تقديره فلا وجه للحكم بإبقائه فى يده بل ان حلف لهما أو نكل فالمال مشترك بينهما أخذا بإقراره المتقدم نعم لو حلف لأحدهما و نكل عن الآخر اختص به الذى لم يحلف له على تأمل فيه أيضا

الباب الثانی فی (بیان وجوه صحه الإقرار)

(۱۵۷۹) کما یصح إقرار المعلوم کذلک یصح إقرار المجهول أیضا و لکن کون المقر به مجهولا الی آخرها،،،

الإقرار بمجهول لاـ تصح الجهاله فیه کالبیع و الإجاره و نحوهما هو أیضا من افراد الإقرار بمبهم یلزم المقر بتفسیره لا انه یلغو تماما کما تقول المجله، فلو قال اشتریت هذه الدار من زید بثمن لم أدفعه ألزمه الحاکم ببیان مقدار الثمن أو یأتی البائع ببینه علی المقدار الذی یدعیه فیلزم المقر به فان لم تکن بینه و امتنع عن البیان بحبس أو تنزع الدار من یده کل ذلک بمراجعه الحاکم الشرعی و تقریره، و ما أدری إذا أقر بالبیع و الشراء لما ذا لا یجبر علی بیان الثمن و إذا أقر بالسرقه أو الأمانه یجبر علی بیان الامانه المجهوله و المال المسروق؟ و لما ذا اختلف الحکم مع وحده الملاک؟ و اما لو قال بعت لفلان شیئا أو استأجرت

منه فإنما لا يصح إقراره و يلغو حيث لا تكون خصومه اما إذا ادعاء المقر له فاللازم ان يلزمه الحاكم بتفسيره أيضا لا محاله

ماده (۱۵۸۰) لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له و لكن يكون مردودا برده الى الآخر،،،

الإقرار اما ان يكون بعين أو بدين اى كلى فى الذمه فإن كان بعين و لم ينكرها المقر له أخذها طبعا و ان أنكرها لم تدخل فى ملكه و تنزع من يد المقر لاعترافه بأنها ليست له و تصير مجهوله المالك مرجعها الحاكم الشرع، و ان أقر بدين لشخص فان صدقه أخذه و ان أكذبه سقط الدين و لم يكن لإقراره أثر نعم إذا كان المقر يعتقد فيما بينه و بين ربه انه مديون لذلك الشخص و انما أنكره لجهله أو نسيانه فالواجب عليه ان يدسه فى أمواله فان لم يوصله فى حياته دفعه الى ورثته بعد مماته و لو دفعه لحاكم الشرع مع شرح الحال له برأت ذمته، و قول المجله انه مردود برده على إطلاقه غير صحيح

ماده (۱۵۸۱) إذا اختلف المقر و المقر له فى سبب المقر به فلا يكون اختلافهما هذا مانعا لصحه الإقرار) إلخ،،

يختلف الحكم هنا باختلاف عباره المقر و أسلوب البيان فيها فلو قال لك على الف هى ثمن المبيع فقال المقر له بل هى قرض لى عليك لزمه الالف و لا يقدح الاختلاف فى السبب بينهما، اما لو قال ابتعت منك كتابا و فى ذمتى لك ألف هى ثمنه فقال لا ما بعتك شيئا و لكنى أقرضتك ألفا فيمكن ان يقال هنا ان المقر له لا حق له فى

إلزام المقر بالألف- فان الألف التى اعترف بها المقر أنكرها و القرض بالألف دعوى يدعيها يحتاج إلى إثباتها غايته ان المقر ملزوم فيما بينه و بين ربه ان يدفع الألف إلى حسب اعتقاده و لو بان يدسها فى أمواله أو يدفعها له بعنوان الهديه ظاهرا! فقول المجله:

فلا- يكون اختلافهما هذا مانعا من صحه الإقرار- على إطلاقه غير صحيح (۱۵۸۲) طلب الصلح عن مال يكون بمعنى الإقرار بذلك المال و اما طلب الصلح عن دعوى مال فلا يكون بمعنى الإقرار بذلك المال الى آخرها،،، ما ذكر فى هذه الماده قوى متين كالمتكرر فى ماده (۱۵۸۳) إذا طلب أحد شراء المال فى يده من آخر- يكون قد أقر بعدم كون المال له،،، فإنه و ان لم يصرح بان المال ليس له و لكنه من قبيل ما يقال: الكنايه أبلغ من التصريح و قد تكون الدلاله على الشى ء بلازمه أدل عليه من الدلاله عليه بنفسه فليتدبر،،، ماده (۱۵۸۴) الإقرار الذى علق بالشرط باطل الى آخرها،،، ذكر فقهاؤنا رضوان اللّه عليهم انه لو علق الإقرار على شرط بطل فلو قال لك فى ذمتى ألف ان شئت أو ان شاء زيد أو ان شاء اللّه كان الإقرار فى الجميع لغوا إلا فى الأخير إذا قصد محض التبرك و العاده، ثم اختلفوا فى مثل: لك على الف ان شهد زيد، أو ان شهد زيد بالألف فهو صادق، و الأقوال فى مثل هذا الفرع أو الفرض ثلاثه (۱) الصحه مطلقا نظرا الى ان الإقرار إخبار جازم عن حق لازم فى السابق و الحق

لو لم یکن ثابتا فی السابق لا تصیره شهاده زید ثابتا فهو إذا ثابت باعترافه شهد زید أم لم یشهد و حاصله الأخذ بالإقرار و إلغاء قیده نظیر تعقیب الإقرار بما ینافیه کما سیأتی (۲) یلزم بإقراره ان شهد زید لأنه إقرار علی هذا التقدیر و فساده واضح یظهر من سابقه (۳) البطلان مطلقا و لعله الأصح ضروره ان الإقرار إخبار جازم و مع التعلیق لا جزم فلا إقرار و لعله قصد بتلک الجمله شبه التعلیق علی المحال لاعتقاده ان زیدا لا یشهد ابدا و لا یقدح بهذا شهادته بعد لو شهد فتدبره ثم یظهر من بعضهم الاتفاق علی صحه الإقرار لو علقه علی أمر محقق الوقوع کأول الشهر و طلوع الشمس غدا و أمثال ذلک و لعل وجهه عندهم انه باعتبار کونه محقق الوقوع فلا تعلیق حقیقه إذ التعلیق الحقیقی انما یکون علی أمر یحتمل وقوعه و یحتمل عدمه لا علی الأمر الواقع لا محاله، و یندفع هذا بان تحقق الوقوع لا ینافی التعلیق ضروره انه من الأمور القصدیه فلو قصد ان اعترافی بالحق معلق علی هذا الأمر المحقق ای عند وقوعه أکون مقرا اما فعلا- فلست بمقر کان هذا هو التعلیق بعینه و حقیقته، نعم لو ظهر منه بقرینه حال أو مقال یرید انه معترف فعلا بألف له مثلا و لکن وقت استحقاقها و دفعها أول الشهر أو عند طلوع الشمس صح ذلک و الزم بأدائه فی ذلک الوقت اما لو خلا- من القرینه فهو باطل، و علی فرض قیام القرینه و الحکم بالصحه فإنما یصح فی مثل له علی الف أول الشهر لا فی المثال الذی ذکرته المجله و هو: ان اتی ابتداء الشهر الفلانی فإنی مدیون لک بکذا

فإنه باطل لا محاله لأن المديونيه لا معنى لتأجيلها إلى أول الشهر بل المعقول ان تكون المديونيه فعلا و استحقاق الدفع يكون أول الشهر اما لو نصبت قرينه على اراده ذلک فالعبره حينئذ بها لا بهذا اللفظ فإنه مبائن لذلک المعنى و أجنبى عنه تماما فإنه إقرار فاسد و لفظ مختل فتدبره و اغتنمه.

ماده «۱۵۸۵» الإقرار بالمشاع صحيح الى آخرها.

لا ريب أن الإشاعه لا تمنع من صحه الإقرار و لكن قيد: ثم توفى المقر قبل الإقرار و التسليم- قيد توضيحى و محقق للموضوع إذ بعد الإقرار و التسليم قد انتهى كل شى ء فتدبره

ماده (۱۵۸۶) إقرار الأخرس بإشارته المعهوده معتبر

و لكن إقرار الناطق بإشارته لا تعتبر مثلا لو قال للناطق الى آخرها.

إما إشاره الأخرس فلا إشكال فى أنها تقوم مقام كلامه فى كل مقام مع الإفهام، إما إشاره المتمكن من الكلام فظاهر أصحابنا عدم الاكتفاء بها فى العقود و لا سيما فى عقود المعاوضات أو المغابنات و كذا فى الإيقاعات كالطلاق و العتق و نحوهما، أما الإقرار فحيث انه خارج عن القسمين لانه من نوع الاخبار لا الإنشاء و لذا صرح بعض فقهائنا الأساطين بأنه لا يختص بلفظ و يصح بالإشاره المعلومه و يظهر منه الاتفاق عليه عندنا و وجهه واضح فإنه لو سئل هل لفلان عليک دين بألف فخفض رأسه مشيرا به عن قوله نعم بحيث علم ذلک منه أو حصل الاطمئنان العادى صدق عرفا انه أقر بألف و يشمله

عموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و العجب من أرباب المجله حيث اكتفوا بالإشاره و الكتابه فی جمله من العقود كما مر عليك الأجزاء المتقدمه و لم يكتفوا بها هنا مع أنها أولى بالصحه و أحق لوجوه لا تختفى على المتأمل فليتدبر.

الباب الثالث فی بيان أحكام الإقرار،

اشاره

و يشتمل على ثلاثه فصول

الفصل الأول فی بيان الأحكام العموميه

ماده (۱۵۸۷) يلزم الرجل بإقراره

- و لكن إذا كذب بحكم الحاكم فلا يبقى لإقراره حكم و هو انه إلى آخرها.

هذه الماده مضافا الى تعقيدها عباره مختلفه معنى و حكما، و حاصلها ان إقرار المرء نافذ عليه الا إذا حكم الحاكم بما يخالف إقراره فلو ان إنسانا بيده عين أقر أنه اشتراها من زيد و هی له فادعاها شخص و اثبت عند الحاكم انها له دفعت الى الشخص المحكوم له و رجع

على البـائع بثمنه و لاـ يلزم بـإقرار انها له لأن إقراره بطل بحكم الحاكم،،، و هاهنا موضع الوهم فان المرء مؤاخـذ بإقراره و حكم الحاكم لا ينفـذ عليه لانه خارج عن الـدعوى فلا هو مـدع و لا مـدعى عليه و هو يعتقـد بعدم صـحه حكم الحاكم فالواجب عليه ظـاهرا و واقعا ان بمضـى على اعتقاده و لا يرجع بالثمن على البائع كما لو غصب العين منه غاصب أو تلفت بأحـد أنواع التلف و البائع قـد خرج عن العقـده بتسـليم العين إلى المشترى المقر انها ملك البائع و ان الحاكم قـد اشـتبه فى حكمه فما معنى الرجوع! نعم لو حكم الحاكم و أخـذت من البائع قبل تسـليمها إلى المشترى ينفسـخ البيع قهرا لعدم قدره البائع على التسـليم قهرا و المانع الشـرعى كالمـانع العقلى و كـذا لو سـلمها و قصـر فى الـدفاع عنها أو اعترف للمـدعى انها له لانه قـد سـبب الإتلاف و لكنه هنا يضمن البدل مثلا أو قيمه لا الثمن فتدبره جيدا فإنه من التحقيقات الثمينه.

ماده (۱۵۸۸) لا يصح الرجوع عن الإقرار فى حقوق العباد،،،

هـذا غنى عن البيـان إذ لاـ معنى لنفوذ الإـقرار إلاـ عـدم قبول الإنكـار و الا كان وجوده كعـدمه نعم لو أبـدى المقر وجهاً معقولًا لإـقراره و انه أخبر بخلاـف الواقع لغرض مقبول يحلف على ذلـك و يبطـل اقرأه، كمـا لو أقر بالبيع و قبض الثمن لأجل تسـجيل الشهود فى الورقه (و هو المعوف برسم القباله) و كان إقراره قبل القبض لا تمام

الورقه و قبض الثمن بعد دفعها ففی مثل هذا لا یلزم بإقراره و یقبل إنکاره بیمینه و نظیره ما فی ماده (۱۵۸۹) إذا ادعی أحد کونه کاذبا فی إقراره- یحلف المقر له علی عدم کون المقر کاذبا الی آخرها.

و لکن المتجه یمین المقر لا المقر له ضروره ان المقر له هو یدعی التسلیم و الإقباض لما تضمنه السند من الدین و المقر منکر فعلیه الیمین علی القاعده المشهوره من ان الیمین علی من أنکر فلیتدبر.

ماده (۱۵۹۰) إذا أقر أحد لآخر الی آخرها،،

وجهها واضح فان المقر الأول أقر للثانی لا الثالث فلا سبیل للثالث الذی أقر له الثانی علی المقر الأول.

الفصل الثانی فی بیان ففی الملک المستعار

ماده «۱۵۹۱» إذا أضاف المقر به الی نفسه فی إقراره یکون قد وهبه للمقر له الی آخرها، هذه الماده علی ما فیها من التطویل الممل و التعقید المخل، واهیه المعنی و المبنی، و حاصلها- ان المقر إذا قال أموالی التی بیدی هی لفلان یحمل کلامه هذا علی إراده هبه أمواله إلی فلان و یلزمه تسلیمها له و ان قال کافه الأموال المنسوبه لی هی

لفلان كان ذلك إقراراً بأنها لفلان يختص ذلك بالأموال الموجوده لا المتجدده فى الصورتين هذا كل ما هذه الماده التى تزيد على صفحه و كلها تكرير أمثله لا حاجه إليها، و تحرير هذا الموضوع و ما يتشعب على أصله من الفروع- انه لو أقر لغيره بعين أو بمال و لم يضفه الى نفسه فهو إقرار صحيح اتفاقا و لا حاجه الى ذكره و التعرض له أصلا إنما الكلام و البحث فيما لو أقر لغيره بعين أضافها إلى نفسه فقال دارى أو أموالى لفلان و هذا الفرع محرر فى كلمات فقهائنا رضوان اللّه عليهم و يظهر من الشهيد الثانى فى روضته نسبه بطلان مثل هذا الإقرار إلى المشهور لامتناع اجتماع مالكين مستوعبين على مال واحد و الإقرار يقتضى سبق ملك المقر له على وقت الإقرار فيجتمع النقيضان ثم قال: و الأقوى الصحه لأن التناقض انما يتحقق مع ثبوت الملك لهما فى نفس الأمر اما ثبوت أحدهما ظاهراً و الآخر فى نفس الأمر فلا، و نسبته الى نفسه يحمل على الظاهر فإنه المطابق لحكم الإقرار إذ لا بدّ فيه من كون المقر به تحت يد المقر و يقتضى ظاهراً كونه ملكا لهو الإضافه يكفى فيها أدنى ملابسه مثل لا تخرجوهن من بيوتهن و كوكب الخرقاء و لا ينافيه إقراره بأنه للغير واقعا و الحمل على الإقرار الصحيح يقتضى ذلك و يكون قرينه عليه لو لم يكن الكلام دالا عليه بنفسه انتهى ملخصا، و هذه المناظره كما تراها قويه جدا و القول بالصحه من جهتها متعين.

اما- ما ذكرته المجله من انه هبه فهو من التخاليط أو الاغاليط

المتوفره فی هـذا الکتاب فإن الهبه إنشاء و الإقرار اخبار، و الإنشاء و الاخبار علی طرفی نقیض و حینئذ فحق الکلام فی المقام ان یقـال انه إذا قـال داری أو مالی لفلان فإن ظهر منه بقرینه الحال أو المقال انه یریـد إنشاء الهبه و التملیک کان هبه و هی متفرعه علی ملکیته أی ملکیه الواهب الحقیقه لا ـ الصوریه کمـا فی الإـقرار الـذی هو ضـد الهبه و إذا صار هبه فالتسـلیم غیر لازم بل بعد التسلیم تصیر لازمه کما عرفت فی محله من ان الهبه قبل القبض لیس لها أی أثر، و ان لم یظهر انه فی مقام الإنشاء یحمل الکلام علی الإقرار بالمعنی الـذی سـبق و بالتوجیه الـذی أفاده الشـهید قدس سـره و نسب الی الشـهید الأول أعلی اللّه درجته الفرق بین قوله ملکی لفلاـن و داری لفلان فحکم بالبطلان فی الأول و توقف فی الثانی و قوی عـدم الفرق و هو الحق فتـدبره، و بقیه مواد هذا الفصل واضحه.

الفصل الثالث فی بیان إقرار المریض

اشاره

یعنی المریض بمرض الموت و هو الذی مات فیه المقر أو الموصـی مطلقا فلو أقر أو اوصی فی مرض یموت الإنسان فیه غالبا ثم برئ و لم یمت به لم یجر علیه شی ء من تلک الاحکام کما فی ماده (۱۵۹۷)

إذا فلا- صحه لتعريفه بما فى المجله ماده (۱۵۹۵) مرض الموت هو الـذى يخاف فيه الموت فى الأكثر الـذى يعجز المريض فيه عن رؤيه مصالحه الخارجه عن داره ان كان من الـذكور و يعجز عن رؤيه المصالـح الـداخله فيـداره ان كان من الإناث و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنه الى آخرها.

و كـل هـذه القيود و البنود لا- حاجه إليها و لا عبره بها بل المراد بمرض الموت كما عرفت- المرض الـذى مات فيه قبل سـنه أو بعـدها عجز عن مصالح بيته أو لم يعجز مات قبل سـنه أو بعدها، و على كل فالتصـرفات الماليه من المريض لو مات فى مرضه لا يخلو اما ان تكون منجزه أو معلقه على الموت فالمعلقه على الموت هى الوصـيه فإن حقيقتها انها تمليك مجانى بعد الموت و لا تنفـذ الا- بمقـدار الثلث فلو زادت توقفت على اجازه الورثه اما المنجزه فنوعان (معاوضه بثمن المثل) كبيع شـى ء بثمنه أو إجاره كـذلك و هو نافـذ إجماعـا (و محابـاتى) كهبه أو وقف أو عتق أو بيع أو إجـاره بأقـل من ثمن المثل و هـذا أيضا لا إشـكال فى نفـوذه انمـا الخلاـف فى انـه ينفـذ مـن الأصـل و يخرج الثلـث مـن البـاقى أو انـه يخرج مـن الثلث فـان زاد توقـف على الإجـازه كالوصـيه،،، المشـهور بين المتقدمين هو الثانى و انعقدت الشهره بين المتأخرين على الأول و منشأ الخلاف اختلاف الاخبار و لا يبعد ترجيح أخبار الأصل المتضـمنه ان الإنسان أحق بماله ما دام فى بدنه روح، هذا كله فيتصرفات المريض من بيع و عتق و هبه يعنى عقود

المجانیات أو المغابنات اما اقرارات المریض بمرض الموت کما لو أقر انه باع داره قبلا أو انه مدیون أرید بألف و أمثال ذلک لأجنبی أو وارث ففیه أقوال أصحها عند جماعه انه مع التهمه ای غلبه الظن بأن إقرار خلاف الواقع و انه انما یرید تخصیص المقر له بالمال المقر به حیث تشهد قرائن الأحوال بذلک کما لو أقر لزوجته الحظیه عنده أو ولده العزیز و أمثال هذا فحینئذ یخرج من الثلث و الا فمن الأصل و موضع الخدشه فیه لا یخفی فان حمله علی الوصیه التی هی إنشاء تملیک و الإقرار إخبار حمل للکلام علی ضد معناه و لو قیل ان فرض الکلام فیما لو قامت القرینه قلنا ان القرینه لو قامت فإنما تقوم علی اراده التملیک الحالی المنجز لا- المعلق علی الموت فی الثلث فجعله منجزا فی الثلث قول بلا دلیل فاما وجه له و لا فرق فی هذا بین ان یکون له وارث غیر الزوجه أو لها وارث غیر الزوج أو لا یکون فلا وجه لما فی ماده (۱۵۹۶) إقرار من لم یکن له وارث الی قولها: یعتبر انه نوع وصیه، و قد عرفت تباین الوصیه مع الإقرار فکیف یحمل أحدهما علی الآخر و قول أصحابنا أقرب الی التعقل حیث حملوه علی الوصیه و انه یخرج من الثلث مع التهمه فجعلوا التهمه کقرینه علی اراده التملیک المجانی المنجز و لکن حیث ان منجزات المریض المحاباتیه تخرج عندهم من الثلث کانت کالوصیه و یدل علی هذا ای الخروج من الثلث مع التهمه اخبار تصلح للحجیه (و الخلاصه)

على هـذا ان الإقرار مع التهمه من الثلث و بـدونها من الأصـل و لاـ ينافيه اختيار ان المنجزات من الأصل إذ لا مانع من ان يكون للإقرار حكم خاص فى مرض الموت.

ماده «۱۵۹۸» إذا أقر أحد فى مرض موته بعين أو دين لأحد ورثته ثم مات يكون إقراره موقوفا على إجازه باقى الورثه.

قد ظهر لك مما سبق انه لا توقف على الإجازه إلا مع زياده المقر به على الثلث و تحقق التهمه اما لو نقصت عن الثلث أو زادت و لاـ تهمه فلا حاجه الى اجازه الورثه بل يلزم العمل بإقراره أجازوا أم لا و لا فرق فى هـذا بين كون الإقرار للوارث أو لغيره و لا بين الامـانه و غيرهـا و لاـ بين أمانته عنـد الوارث أو أمانه الوارث و كل ما ذكر فى هـذه الماده فضله من الكلام نعم الجديـد أو المفيـد فيهـا ان الورثه إذا صـدقوا فى حيـاه المقر ليس لهم الرجوع و هـذا صـحيح و لكن التقيـد فى الحيـاه لاـ وجه له فـإنهم لو صدقوه بعد موته أيضا لا رجوع لهم.

ماده «۱۵۹۹» المراد من الوارث فى هذا المبحث هو الذى كان وارثا للمريض وقت وفاته – الى آخرها.

حاصـله ان المـدار فى الوارث على الوارث وقت الإقـرار لاـ وقت الموت فـإذا أقر فى مرضه لأجنبيه ثم تزوجها قبل الموت يكون إقراره لهـا نافـذا لأنهـا لم تكن وارثه وقت الإقرار، اما لو كان سـبب الإرث قـديما كما لو أقر لأخيه فى المرض و للمقر اين مات قبل أبيه و صار الميراث للأخ لا ينفذ الإقرار لأن سبب الإرث و هو الاخوه قديم اى

حاصل وقت الإقرار، و کل هذا تحکم و تحرض لا دلیل علیه و لکن حیث ان هذا الحکم اعنی عدم نفوذ الإقرار للوارث إلا بإجازه باقی الورثه ساقط عندنا من أصله فلا داعی لإطاله البحث فیه و الأصح فی نظائره علی الوارث حال الموت لا حال الإقرار فلیتدبر.

و علی هذا الملاک بنی ما فی ماده «۱۶۰۰» إقرار المریض حال مرض موته بالإسناد إلی زمان الصحه فی حکم الإقرار فی زمان المرض الی آخرها.

فان المدار فی الإقرار ملاحظه حاله لا حال الصحه و هو هنا صحیح و فی الأول علیل.

ماده (۱۶۰۱) إقرار المریض بعین أو دین لأجنبی یعنی لمن لم یکن وارثه فی مرض موته صحیح الی آخرها.

عرفت ان هذا علی إطلاقه ممنوع و انما یصح حیث لا ـ تهمه أما معها فلا، اما حمل إقراره علی الهبه أو الوصیه فقد عرفت ان صیغه الإقرار تأباه لأنه اخبار و هما إنشاء نعم لو قامت القرائن القطعیه علی إرادته ذلک نفذ إقراره و لکن من الثلث أو الأصل کل فریق علی مختاره.

ماده (۱۶۰۲) دیون الصحه مقدمه علی دیون المرض

یعنی تقدم الدیون التی تعلقت بذمه من کانت ترکه غریمه فی حال صحته علی الدیون التی تعلقت بذمته فی مرض موته بإقراره و هو انه تستوفی دیون الصحه منترکه المریض ثم تؤدی دیون المرض ان بقیت

فضله- الی آخرها.

موضوع البحث فی هذه الماده هو المدین الذی استغرقت دیونه ترکته أو زادت، و حق التحریر فیه انتقال ان من استغرقت دیونه ترکته اما ان یکون مفلساً ای حکم الحاکم بحجر أمواله ثم مرض مرض الموت و أقر بعین أو دین أو استقرض بعد الفلس و مات فلاـ إشکال فی ان الغرماء المتقدمین علی الحجر یختصون بوفاء دیونهم من الترکه فإن زاد شـی ء فهو للمتأخرین و لا اثر لمرض الموت فی هذا الحکم بل یجری حتی فی الصحیح إذا حجر علیه و مات أو اقتسم الغرماء أمواله فی حیاته فان دیونه المتجدده تبقی فی ذمته و علی أمواله المتجدده و لاـ یشارکون الغرماء السابقین و اما إذا لم یحجر علیه بحکم الحاکم فتقدیم دیون الصحه علی دیون المرض الثابته المحققه استحسان محض لاـ دلیل علیه سواء کان الثبوت بإقراره الخالی من التهمه أو بسبب آخر و سواء کان الإقرار فی زمن الصحه أو المرض و فی مرض الموت أو غیره و سواء کان الإقرار بعین أو دین و بالجمله فالدیون بته کلها سواء فی مرتبه واحده لا فرق بین ما کان منها فی زمن الصحه أو فی زمن المرض بإقرار أو بحجه اخری، کلها تخرج من الترکه ان وفت بها و ان لم تف وزعت علی الغرماء بالنسبه کما فی المفلس و لا یخرج من ذلک إلا الإقرار بعین أو دین مع التهمه فتدبره و اغتنمه.

و علی الأصل الذی اعتمدوا علیه فی هذه الماده بنوا

ماده «۱۶۰۳» إذا أقرا أحد فی مرض موته بکونه قد استوفی طلبه الذی فی ذمه أجنبی

ینظر الی ان هذا الطلب تعلق بذمه الأجنبی حال المرض أو حال الصحه- إلی آخرها.

تحریر هـذا البحث ان من أقر بوصول حق له ثبت بتصـرف مـالی علی غیره فلاـ یخلو اما ان یکون تصـرفه کبیع أو قرض و إقراره معا فی حال الصحه و اما ان یکونا معا حال المرض أو یکون التصرف حال الصحه و الإقرار حال المرض أو العکس أما (الاولی) فلا إشـکال فی نفوذ إقراره و لا یتوقف علی اجازه الغرماء لو کان له غرماء و لا علی غیرهم و اما (الثانیه) فقد حکمت المجله فی هـذه الماده بأنه یصـح إقراره و لکن لا ینفـذ فی حق غرماء الصـحه ثم فرقت بین هـذه و بین الصوره الثالثه فحکمت فیها بصـحه الإقرار علی کل حال و ان کان له غرماء صـحه و لیس لهم ان یقولوا لا نلزم بإقراره هذا، و لعل وجه الفرق عندهم بین الصورتین ان الغرمـاء عنـد مرض المـدیون یتعلق لهم حـق فی أمـواله فتصـرفه بـالبیع أو القرض و نحوهمـا یکون فی متعلق حقهم و إقراره بوصول عوضه الیه موقوف نفوذه علی تصدیقهم أو قبولهم فلهم ان لا یلتزموا بهذا الإقرار بخلاف الصوره الأولی فإن حق الغرماء فی حـال الصـحه فی ذمه المـدیون لاـ فی أمواله فینفـذ إقراره و لعلک تفطنت الی وجه الخـدشه فیه فان المرض إذا کان یوجب تعلق الغرماء فی أموال المـدیون فاللازم تعلق حقهم حتی لو کان التصـرف حال الصـحه فإن المدار علی الإقرار لا علی التصـرف فإقراره بوصول الحق

إليه فی حال مرضه يوجب النقص عليهم حيث لا يكون موجودا معلوما و على كل فالتفرقه لا تخلو من نظر أما (الرابعه) فهی كالأولى واضحه قطعيه الصحه لأن التصرف حال المرض المتعقب بالصحه لا يبقى له اثر و ينفذ تصرفه و إقراره إذ المرض الموجب للحجر أو لتعلق حق الغرماء هو مرض الموت لا الذی تعقبته الصحه فليتدبر.

ماده (۱۶۰۴) ليس لأحد ان يؤدی دين غرمائه فی مرض موته و يبطل حقوق باقيهم،،،

يريدون بهذه الماده معنى قصرت العباره عن أدائه و هو انه إذا قصرت أموال المريض عن ديونه فليس له ان يدفع لواحد منهم تمام دينه و يجعل النقص و الخسران على الباقين بل لا بدّ من توزيع النقص على الجميع نعم لو كان فی أمواله عين اشتراها و لم يدفع ثمنها فصاحبها أحق بها و له ان يختص فيها كما سبق فی محله، اما قولهم فی هذه الماده: و لكن له ان يؤدی ثمن المال الذی اشتراه أو القرض الذی استقرضه حال كونه مريضا فهو واضح الضعف لأن الأموال ان كان فيها سعه فله دفع هذا الدين و غيره و ان كانت قاصره تساوى الجميع بها فتدبرها بإمعان و باللّه المستعان.

ماده (۱۶۰۵) الكفاله بالمال فی هذا المبحث فی حكم الدين الأصلی إلى آخرها.

هذا مبنی على ما تقدم منهم من الحكم الغريب المجازف و هو ان الإقرار للوارث فی المرض لا ينفذ و الإقرار للأجنبی نافذ من الثلث

و قـد قلنـا انه إذا كـان النفوذ من الثلث فنفوذه للوارث اولى و الأقربون اولى بـالمعروف و الأصـل فى هـذا عنـد فقهـاء الجمهور النبوى المشـهور فى كتـاب الوصايا و الفرائض: ان اللّه قـد فرض لكل ذى حق حقه ألا لا وصـيه لوارث، و المراد منه على فرض صحته رفع الوجوب لا الجواز كما سيأتى فى محله ان شاء اللّه.

الباب الرابع فى (بيان الإقرار بالكتابه)

ماده (۱۶۰۶) الإقرار بالكتابه كالإقرار باللسان

انظر ماده (۶۹) الكتابه اما ان يحص العلم منها للحاكم أو الشاهـد أولا ففى صوره عدم حصول العلم أو الظن المتاخم لا عبره بها قطعـا و فى صوره حصول العلم امـا ان يحصـل العلم بأنها خط فلان و توقيعه فقط من دون ان يحصل العلم بما اشـتملت عليه من بيع أو إقرار بدين أو عين أو نحو ذلك أو يحصل العلم بأنها خطه و ان ما فيها حق مطابق للواقع ففى الصوره الأولى أيضا لا عبره بها كالتى قبلها كما لا إشكال فى اعتبارها و العمل عليها فى الصوره الأخيره و من هنا ظهر ان شهاده

الشهود ان هذا خط فلان و توقيعه لا تجدى ما لم يشهدوا على نفس الواقعه التى تضمنتها الكتابه و ظهر أيضا عدم صحه إطلاق المجله ان الإقرار بالكتابه كالإقرار باللسان و الفرق بينهما عند أرباب القرائح جدا واضح، فتأمله تجده ان كنت من اهله و منه يستبين الخلل أيضا فى ماده (١۶٠٧) إذا أمر أحد كاتبا هو إقرار حكما بناء عليه لو أمر أحد كاتبا بقوله: اكتب لى سندا- الى آخرها.

هذا خارج عن الإقرار بالكتابه و خلط فى الموضوع فإن الإقرار بالكتابه هو الخالى من لفظ أصلا اما الفرض المذكور فهو إقرار باللسان حقيقه لا حكما فإنه قال انى مديون (غايته) انه سجل إقراره و أمر بكتبه و هذا لا يخرجه عن الإقرار القولى كما هو واضح.

ماده «١۶٠٨» القيود التى هى فى دفاتر التجار المعتد بها هى من قبيل الإقرار بالكتابه أيضاً مثلا لو كان أحد التجار قد قيد فى دفتره إلخ.

هذا ثابت فى المعاملات التجاريه و فى عرف التجار اما عند الشرع و حكام الشرع فالمدار على ما ذكرنا من ان الكتابه إذا لم يحصل منها العلم فلا اعتماد عليها نعم لا مانع من إرجاع مثل هذه القضايا الى عرف التجار ليحكموا بها فيما بينهم على سبيل التراضى من دون تدخل الشرع فيها، و مما ذكرنا يظهر الحق الصريح و الحكم و الصحيح فى ماده (١۶١٠) إذا أنكر من كتب سندا أو استكتبه و أعطاه ممضى أو مختوما الدين الذى حواه فلا يعتبر إنكاره إلى آخرها.

فـإنه انمـا لاـ يعتبر إنكاره إذا كان خطبه و ختمه مشـهورا متعارفا لو حصل العلم من خطه بوقوع ما اشـتمل عليه الخط اما لو قطعنا بأنه خطه لكن لم يحصل لنا العلم بوقوع البيع منه واقعا مثلا فلا وجه لرد إنكاره ضـروره ان الإنسان قـد يكتب معامله قبل وقوعها ثم يعـدل عنهـا و ملاك القضـيه هنا و فى نظائرها ان الأصل فى المعاملات عنـدنا انها لا تنعقـد إلا بالإنشاء اللفظى فلو أنشأ البيع بالكتـابه من دون لفـظ لم ينعقـد البيع و كـذا سـائر العقود بـل و الإيقاعـات و مثلهـا الإقرار غايته انه فى العاجز عن التكلم يكفى الإشـاره و كـذا غير العـاجز فى بعض الموارد التى يصـدق عرفـا انه أقر كمـا سـبق ذكره اما الكتابه فلم يعتبرها الشـرع عنـدنا و لا العرف، هـذا كله مـع الأـمن من التصـنع و الـتزوير فكيـف مع عـدمه و إذا لـم يثبت الحق بالكتـابه رجعت القضـيه طبعـا الى بـاب المـدعى و المنكر فتـدبره و اغتنمه، و مما ذكرنا يتضـح الكلام فى ماده «۱۶۱۱» إذا اعطى أحد سـند دين حال كونه مرسوما الى آخرها، بل هى من قبيل سابقتها و ذكرها تكرار لا فائده فيه كما انک عرفت الحكم فى ماده «۱۶۱۳» إذا ظهر كيس مملو بالنقود فى تركه أحـد محرر عليه بخط الميت ان هـذا الكيس مال فلان و هو عندى امانه يأخذه ذلك الرجل من التركه و لا يحتاج إلى إثبـات بوجه آخر،،، فإنما لا يحتاج إلى الإثبات إذا حصل العلم بالواقع أو الاطمئنان بصـحه ما كتب بخطه اما لو لم يحصل العلم بذلك فلا أثر للكتابه و لو علمنا بكونها بخطه و توقيعه و لا سيما مع التهمه،

و الى هنا انتهت مواد

المجله المتضمنه لأحكام الإقرار الجديره بالاعتبار،

و لكن بقى من مباحثه المهمه بحثان مهمان

اشاره

لم تتعرض المجله لشى ء منهما و نحن استيعابا للفائده نذكر موجزا من البحثين

[البحث الأول] فى الإقرار بالمبهم

اشاره

و هو نوعان-

الإقرار بلفظ مبهم

مثل له على مال أو شى ء أو عين أو مال حقير أو خطير أو يسير و إضراب ذلك من المفاهيم العامه المتردده بين القليل و الكثير، و حكم هذا النوع انه يلزم بالتغير فان فسره بما له ماليه و لو قليله قبل منه و ان امتنع عن التفسير أو فسره بما لا ماليه له حبس حتى يبين و لو قال له على حق ثم فسره بحق العياده أو حق الجوار و نحو ذلك قيل يقبل منه و قيل لا- لان تلك الوجوه و ان أطلق عليها فى الشرع انها حقوق لكن المتبادر عرفا من الحق الحقوق الماليه و الأولى أو الأحوط رعايه المقامات فإنها تختلف باختلاف الأشخاص و الزمان و قرائن الأحوال و المرجع فى أمثال ذلك الى حاكم الشرع الخبير بالعرف و أساليب البيان،،

[الثانى] الإقرار بالعدد المبهم

كما لو قال له على كذا درهم بالجر أو بالرفع أو بالنصب أو السكون الزم بواحد فالجر على الإضافه البيانيه و الرفع على البدليه و النصب على التمييز و السكون على واحد من هذه الوجوه و أشكل باحتمال اراده الجزء فعلى الجر جزء درهم و هكذا فى بقيه الحركات و يلزم بتعيين الجزء، و مثل هذا لو قال كذا و كذا درهما، و كذا كذا درهما و قيل فى هذين الإقرارين يلزم بأقل ما يوازنها من الاعداد أيضاً ففى المثال الأول يلزم بواحد و عشرين

درهما و فی الثانی أحد عشر درهما، و یحصل من ضرب صور الإقرارات الثلاثه بأنواع الحرکات الأربع اثنی عشر صوره و الأقوال فیها ثلاثه الحمل علی الدرهم أو جزء منه فی الجمیع أو الحمل علی أقل ما یوازنه من الأعداد کذلک أو إلزامه بالتفسیر فیها اجمع، اما حمله علی أقل ما یوازنه من الأعداد فهو و ان کان موافقاً لقواعد العربیه و لکن العرف لا یعرف ذلک و لا یلتزم به فی استعمالاته، فإلزامه بالتفسیر فی جمیع الإقرارات المبهمه عددا أو غیره أسد و أسلم.

البحث الثانی (فی تعقیب الإقرار بما ینافیه)

و هو أیضا نوعان [الأول] التعقیب بالاستثناء و له صورتان- استثناء من الجنس، و آخر من غیر الجنس فان کان مستوعباً بطل مطلقا و الأصح الإقرار بالباقی و لو کان هو الأقل ان اتصل به عرفا و هو من النفی إثبات و من الإثبات نفی و علیه فلو قال له علی مائه إلا تسعین لزمه عشره لانه نفی التسعین من المائه المثبته و لو قال الا تسعون لزمه المائه لأن [إلا] هنا وصفیه بمعنی غیر لا استثنائیه یعنی مائه موصوفه بأنها غیر تسعین و هی صفه مؤکده مثل نفخه واحده و لا تختص الا الوصفیه بالجمع المنکر کما قیل بل تصح فی غیره علی

الأصح و ورودها بقوله تعالى (لَوْ كانَ فِيهِما آلِهَةٌ إِلَّا اللّهُ لَفَسَدَتا) لا يقتضى الاختصاص.

و لو قال ليس له على مائه إلا تسعون يلزمه التسعون لانه استثناء من المنفى و هو بمنزله ليس له على الا تسعون و لو قال مائه إلا تسعين لم يثبت شى ء لأن النصب لا يكون الا من الموجب و حيث لا إيجاب تعين كون النفى مسلطا على تمام الجمله يعنى ليس له على مائه خرج منها التسعون اى ليس له على عشره فلم يعترف بشى ء و لا أقل من الاحتمال و الأصل البراءه فلا شى ء عليه و لو تعدد الاستثناء فان كان بعاطف كما لو قال له عشره إلا أربعه و الا ثلاثه فالجميع الى المستثنى عنه فيلزمه الباقى سواء كان الثانى أقل من الأول أو أكثر أو مساويا نعم لو استوعب الجميع بطل ما به الاستيعاب كما لو قال له على عشره الا خمسه و الا خمسه بطلت الأخيره و لزمه خمسه و مثله لو قال له؟؟؟؟

الا خمسه و الا سبعه أو إلا سبعه و الا خمسه.

و ان لم يكن بعاطف و لا مساويا لما قبله و لا أزيد رجع كل تال الى ما قبله مثل له على عشره الا خمسه إلا ثلاثه فيلزمه ثمانيه و المرجع فى كل أمثله هذا الباب هى القاعده المتقدمه- الاستثناء من الإثبات نفى و من النفى إثبات فإنه أثبت العشره أولا فى المثال ثم نفى بالاستثناء منها خمسه ثم اثبت بالاستثناء الثانى منها ثلاثه فلزمه ثمانيه خمسه بالإثبات الأول و ثلاثه بالإثبات الثانى و هكذا مهما تعاقبت الاستثناءات بشرط ان لا يستوعب و لا ينفى شى ء فيبطل المبطل منها الأخير

أو الـذى قبله و الضابـط ان كـل زوج و إثبات و كل فرد نفى فتجمع الأزواج و تطرح منها الافراد أو بحسب الزائـد كما لو قال له على عشـره إلا تسـعه إلا ثمانيه إلا سبعه إلا ثلاثه فيلزمه خمسه و عليك بالتطبيق و التحقيق فإنه رشيق و ليس بغامض و لا دقيق و باللّه التوفيق.

هذا كله فى الاسـتثناء بالجنس اما الاسـتثناء بغير الجنس كما لو قال له على عشره دراهم الا ثوب فاللازم ان يطالب بتفسير الثوب و تعيين قيمته فان عينه بقيمه مستوعبه لم يقبل و ان فسره بما دون العشره قبل منه و الزم بالباقى.

هذا كله فى تعقيب الإقرار بالاسـتثناء اما تعقيبه بالإضراب بلفظ [بل] أو بغيرها كما لو قال له على مائه بل تسعون فإنه يلزم بالمائه و المرجع فى هذا الباب الى القواعد العربيه المتبعه فى هذه الأداه [بل] فإنها ان كانت بعد إيجاب جعلت الحكم لما بعدها و نفى ما قبلها مسـكوتا عنه و حيث ان الإقرار فى المثال المتقدم و أضـرابه قد تحقق و يكون الإضراب شبه إنكار و لا يقبل الإنكار بعد الإقرار لـذلك تعين الأخـذ بالأول و هو المائه و نفى ما بعـدها و هو التسـعون و الضابطه ان ما بعـدها ان كان داخلا فيما قبلها أو كان أكثر منه لزم الأكثر كما فى المثال المتقدم و مثله له على قفيز بل قفيزان أو درهم بل درهمان و ان كان مغايراً له بالتشخص أو الطبيعه كما لو قال له على درهم بل ثوب أو هـذا الدرهم بل هذا الدرهم لزمه الثوب و الدرهم فى الأول و الدرهمان و هكذا فى كل متباينين فى المقر به أو المقر له كما لو قال

هـذه الـدار لزيـد بل لعمرو فان الـدار تـدفع لزيد و يغرم قيمتها لعمرو و ان تغايرا بالإطلاق و التقييد كما لو قال له على درهم بل هـذا الـدرهم لزمه المعين و لو قال له على هـذا الـدرهم بل درهم لزمه المطلق اى درهم لعـدم المنافاه بين المطلق و المقيـد ففى الأول عين بعـد الإطلاق فيتبع و فى الثـانى أطلق بعـد التعيين و ليس هو إنكـار حتى يلغو بـل عـدول الى مـا ينطبق عليه فلا يلزم بالمعين.

كـل هـذا اتباعـا لأصول العربيه فى الاستثناء و فى الإضـراب ففى الأول لا يعتبر إنكـاراً مـا لم يسـتوعب بخلاف الثانى و ان لم يسـتوعب فقول القائل له على مائه إلا تسعين صحيح و يلزمه عشره و قوله له على مائه بل عشره باطل و يلزمه بالمائه لا بالعشره و الفرق بينهما من جهه الفرق بين الاداتين الا و بل لغه فتدبره، اما الإضـراب بغير [بل] كما لو قال له على عشره ثمن مبيع لم أقبضه أو له على عشـره دفعتها له فالمشـهور إلزامه بالعشره و سقوط دعواه الدفع أو عدم قبض المبيع و لهم فى ذلك بحث و خصام، و نقض و إبرام، ينتهى إلى أنه يؤخـذ بـإقراره و تطلب منه البينه على الـدفع أو على انه ثمن مبيع إذ كلامه يتضـمن إقراره و دعوى عين من أموال المقر له فيلزمه إثباتهـا و عنـدى فيه نظر نظراً إلى القاعـده المسـلمه من ان للمتكلم ان يلحق بكلامه مـا شـاء و ان الكلام لا ينعقـد له ظهور حتى ينتهى المتكلم منه أو يعرف انتهـاؤه بالسكوت الطويل أو الانتقال الى موضوع آخر و على هـذا جرت قضيه الاستثناء و صح الإخراج سواء جعلناه قبل أو بعده و لا

ینقص بالإضراب فإنه یعد لغه و عرفا استیناف کلام و انتهاء من الکلام السابق و لذا لم یصححوا الإخراج فیه کالاستثناء فی له علی مائه بل عشره کما صححوه له علی مائه إلا تسعین و جعلوه إنکاراً بعد الإقرار، و علیه فیمکن منع کونه إقراراً یتضمن دعوی تحتاج إلی إثبات بل هو کلام واحد فاما ان یقبل کله أو برد کله و المسأله دقیقه تحتاج الی مزید تأمل و تتبع.

الکتاب الرابع عشر (فی الدعوی)

اشاره

(و یشتمل علی مقدمه و بابین)

المقدمه (فی بیان بعض الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالدعوی)

کان الاولی علی طریقه الفقهاء ان یعنون هذا الکتاب بکتاب (القضاء و الحکم) و هو التشریع السماوی الذی شرعه الحق لفصل الخصومات بین الخلق و حفظاً لنظام الهیئه الاجتماعیه. إذ لما کان من طبیعه هذا النوع أو سائر الأنواع الحیه تنازع البقاء المؤدی بالطبع غالبا علی الحرص و الأثره مضافا الی غریزه الجهل و النسیان و الغلط المستلزم کل ذلک تعادی البشر، و تمادی الشر و الضرر، صار من الختم الضروری ان تشرع قوانین لحسم تلک المشاجرات، و تخفیف تلک الویلات، و لا بد لتلک القوانین من مهیمن علیها و مضطلع بأعباء تطبیق کلیاتها

على مصاديقها و أنواعها على افرادها و جزئياتها، فالقوانين هى أحكام الدعوى و المضطلع بها المسيطر عليها هو الحاكم و القرآن المجيد هو الأصل فى تعيين الحكم و الحاكم و إلزام العمل بحكمه و الرجوع اليه:

يا داوُدُ إِنّا جَعَلْناكَ خَلِيفَةً فِى الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ وَ لا تَتَّبِعِ الْهَوى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللّهِ. و هذه الوظيفه هى خلافه اللّه فى أرضه، و إذ قال ربك إِنِّي جاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً، ثم قال جل شأنه إلزاماً و خضوعاً و التزاماً بالعمل بحكم ذلك الخليفه: فَلا وَ رَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتّى يُحَكِّمُوكَ فِيما شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِى أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيماً، خَصْمانِ بَغى بَعْضُنا عَلى بَعْضٍ فَاحْكُمْ بَيْنَنا بِالْحَقِّ وَ لا تُشْطِطْ وَ اهْدِنا إِلى سَواءِ الصِّراطِ- إلى كثير من أمثالها و البحث فى هذا الكتاب يقع فى أركان الحكم و مقوماته و مقدماته و شروطه، و أركانه أربعه. الدعوى. و المدعى. و المدعى عليه. و الحاكم، و الحكم نتيجه كل ذلك، و حيث ان الدعوى هى؟؟؟ المقدمات لذلك بدأت بها المجله فقالت

الباب الأول فی (شروط الدعوی و أحکامها و دفعها

اشاره

و یشتمل علی أربعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان شروط الدعوی)

ماده (۱۶۱۶) یشترط ان یکون المدعی و المدعی علیه عاقلین.

هذا خروج عن العنوان فان العنوان لبیان شرائط الدعوی لا شرائط المتداعیین، و إنما شرائط الدعوی کونها معلومه لا مجهوله و جزمیه لا احتمالیه و أمثال ذلک نعم لا اشکال ان شرائط المتداعیین أصالهً تکون شروطاً للدعوی تبعاً و یظهر من هذه الماده عدم اعتبار البلوغ فی قبول الدعوی و یکفی کون المدعی ممیزاً و هو محل نظر و ظاهر أصحابنا الاتفاق علی اعتبار البلوغ فلا تسمع دعوی غیر البالغ مطلقاً و لکن بعد أن استدل السید الأستاذ (قده) لذلک بما دل من الاخبار علی ان

أمر الصبی لا- یجوز حتی یبلغ و بالإجماع قال: و لکن القدر المتیقن من الإجماع و غیره عدم سماع دعوی الصبی فیما یوجب تصرفاً فی مال أو غیره مما هو ممنوع منه و الا- فمقتضی عمومات وجوب الحکم بالعدل و القسط و نحوهما سماعها فی غیر التصرفات کما إذا ادعی علی شخص انه جنی علیه أو سلبه ثوبه أو أخذ منه ما فی یده و أتی بشهود فلا دلیل علی عدم سماع دعواه انتهی، و هو کما تری قوی متین و یتفق مع ما ذکرته (المجله) و لکنها أخلت ذکر باقی شرائط المدعی أو الدعوی مثل اشتراط کونه رشیداً فلا- تسمع دعوی للسفیه و إن کان بالغاً و لکن قیدها بعضهم بالمال اما لو تعلقت دعواه بغیر المال کحق القذف و الجنایه و الزواج بل ترقی السید رضوان اللّه علیه إلی سماع دعواه بالمال أیضاً لأن المسلم منعه من التصرف بالمال لا دعوی المال فإن أثبته دفعه الحاکم لولیه لا له و هو وجیه أیضاً (الشرط الثالث) و کون ما یدعیه لنفسه أو لموکله أو لمن له علیه ولایه أو کونه متعلق حصه من رهانه أو أمانه أو اعاره أو التقاط فلا تسمع الدعوی عن؟؟؟؟ بدون شی ء من تلک العلاقات نعم یجوز للأ-جنبی من باب الحسبه اقامه الدعوی کما لو ادعی شخص علی صغار بدین علی أبیهم بعد موته و الأجنبی یعلم بأن الأب قد دفع له دینه و له شهود علی ذلک فله المدافعه کما له اقامه الدعوی فی صوره العکس و علمه أن لأب الأیتام دیناً علی شخص إذ لا قصور فی العمومات عن شمولها لمثل ذلک (الشرط الرابع) ان یکون ما یدعیه امراً ممکناً فلا تسمع دعوی المحال عقلًا

أو عرفاً أو عادةً أو شرعاً (الخامس) ان يكون ملزماً بشی ء فلو ادعی علیه وقفاً أو هبه بلا قبض لم تسمع ضروره ان الوقف بلا قبض لیس له اثر یلزم به لو ثبت (السادس) ان یکون ما یدعیه مما یصح ملکه فلا تصح دعوی المسلم خمراً أو خنزیراً إلا فی مقام دعوی الاختصاص (السابع) أن یکون متعلق الدعوی معلوماً جنساً و نوعاً و وصفاً و قدراً فی المشهور فلو ادعی علیه ثوباً أو فرسا أو کتاباً لم تسمع و عللوه بعدم الفائده لو اعترف به و خالفهم جماعه فألزموا المدعی علیه بعد الثبوت بالتعین و الحلف علی عدم الأعلی منه أو عدم العلم بما زاد و إلا یؤخذ منه القدر المتیقن مقداراً أو فرداً من حیث الوصف أو القیمه و لو کان مردداً بین ما له قیمه و ما لیس له قیمه و فسره بالثانی قبل منه مع الیمین (الثامن) صراحه الدعوی فی استحقاق المدعی فلو قال هذه الدار کانت لی و هذا التمر من نخلی لم تسمع حتی یضم إلیها و هو الآن لی و مثله لو قال هذه الأمه التی بیدک بنت أمتی، قالوا و لذا لو أقر شخص بیده جاریه بأنها بنت أمتک لم یکن إقراراً له بالجاریه بخلاف ما لو أقر له بان هذا الدقیق من حنطته و هذا الغزل من صوفه و علیه فلو أقر له بذلک لزمه الإقرار و وجه الفرق بین النوع الأول من الدعوی فلا یسمع و بین الثانی فیسمع و کذا الإقرار یظهر بالتأمل و بعد معرفه وجه الفرق بین المقامین علی حقیقته یندفع إیراد السید الأستاذ علی ما ذکروه فلیتدبر (التاسع) ان یکون للمدعی طرف توجه إلیه المخاصمه فلو لم

يكن طرف موجود فعلًا و أراد إثبات موضوع بإصدار الحكم له من الحاكم ليكون دافعاً لدعوى محتمله لم يجب على الحاكم سماعها فلو سمعها لم ترتب على حكمه فلو ادعى المدعى تعاد الدعوى من رأس و استقرب السيد (قده) سماعها و ترتب الأثر على حكمه لو حكم و انه لا يجوز و هو محل نظر و لا يقاس هذا على الحكم بالهلال و الحدود التى لا خصومه فيها فليتدبر (العاشر) الجزم فى الدعوى فلا تسمع الدعوى الظنيه و الوهميه على المشهور و خالفهم جماعه فأجازوا سماع الاحتماليه فضلًا عن الظنيه و فصل آخرون بين ما يعسر الاطلاع عليه كالقتل و السرقه و نحوهما و عن بعض تخصيص السماع بصوره احتمال الإقرار أو وجود البينه إذا ادعى المدعى أحدهما فإن حصل أحدهما نظرها الحاكم و إلا سقطت طبعاً و قد تمادى الجدال و تدافع بينهم الاستدلال فى هذا المجال، و الأوجه عندى فى أمثال هذه القضايا أن ترد الى نظر الحاكم فإن ظهر له من الخصوصيات المقاميه و القرائن الحاليه ان فى ردها تضييع حق أو مشايعه باطل لزمه سماعها و إن وجدها واهيه بحد ذاتها و إنها لا تنتهى إلى غايه تركها، و قد ورد فى جمله من أحاديث أهل البيت سلام اللّه عليهم ما يدل على جواز الاستحلاف على التهمه كخبر بكر بن حبيب قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام أعطيت جبه الى القصار فذهبت بزعمه فقال عليه السلام ان اتهمته فاستحلفه و فى خبر آخر لا يضمن القصار الا ما جنت يداه و إن اتهمته أحلفته، نعم لا يمكن هنا رد اليمين على المدعى لعدم جزمه فيقضى

بمجرد النكول أو توقف الدعوى و لا يقدح فى تعميم حكمها ورودها فى مورد اليد المقتضيه لوحده الملاك و للأصحاب، هنا بحوث عريضه طويله فليراجعها من أرادها.

(الحادى عشر) تعيين المدعى عليه فلو ادعى على أحد الشخصين أو الأشخاص مرددا و لم تسمع كما لو قال لى كذا على زيد أو على عمرو على الترديد لم تسمع لعدم الفائده بذلك لو ثبت اعترافهما بان قالا نعم أخذ عليه ذلك الدين و لا يعلم التعيين فإنه لا يثبت الحق على أحدهما لجريان الأصل فى جعل كل واحد منهما و يمكن ان يقال بالسماع و الرجوع الى القرعه أو التوزيع بينهما لدفع الضرر أو المصالحه جمعا بين الحقوق نعم لو كانت الدعوى على غير محصورين سقطت قطعا و مثله الكلام مع الترديد فى المدعى بان قال شخصان ان لأحدنا حقا عليك.

(الثانى عشر) يشترط فى سماع الدعوى حضور المدعى عليه فلا تحسم الدعوى بالحكم القطعى نعم يجوز سماع الدعوى على الغائب فى سفر أو غيره قريبا أو بعيدا و لكن لو قامت الحجه لا يحكم حكما قطعيا بل الغائب على حجته كما سيأتى فى محله إن شاء اللّه.

و فى خبر جميل الغائب يقتضى عليه إذا قامت عليه البينه و يباع ماله و يقتضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجته إذا قدم و لا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلا بكفلاء إذا لم يكن مليا نعم فى خبر آخر لا يقضى على غائب و المراد به لا يقضى عليه قضاء قطعيا

حاسما لان الدعوى عليه لا تسمع و البينه لا تقبل.

هـذا ذرو من القول أو ذروه من ذروه مما ذكره فقهاؤنا فی شرائط صحه سماع الدعوى ذكرناها موجزه كرءوس أقلام و قد أخلت (المجله) بأكثرها و منه تجد الفرق بين الفقاهتين أو الثقافتين و اللّه ولی توفيق الجميع،،، و الى الشرط الحادى عشر أشارت المجله فی ماده (۱۶۱۷) يشترط ان يكون المدعى عليه معلوما الى آخرها.

و الى الثانی عشر أشارت بماده (۱۶۱۸) يشترط حضور الخصم حين الدعوى الى آخرها و الى السابع بماده (۱۶۱۹) يشترط ان يكون المدعى به معلوما و لا تصح الدعوى إذا كان مجهولا،،، و الى الرابع بماده (۱۶۲۹) يشترط ان يكون المدعى به محتمل الثبوت الى آخرها،،، و الى الخامس بماده (۱۶۳۰) اما ماده (۱۶۲۱) إذا كان المدعى به عينا منقولا و حاضرا بالمجلس يدعيه المدعى بقوله هذا لی مشيرا اليه،،، و ما بعدها من المواد إلى ماده (۱۶۲۷) فجميعها لبيان مقدار المعلوميه اللازمه فی الدعوى و حدودها حسب اختلاف المواضع و الأعيان التی يدعى بها فإن جمله من الأشياء يكفی فيها المشاهده و ان لم يعلم المدعى قيمتها أو كيلها و وزنها كخاتم الزمرد و نحوه فلو كانت

حاضـره كفت الإشـاره إليهـا و ان كـانت غـايبه كفى الوصف و بـالجمله فالظاهر المسـتفاد من النصوص و الفتاوى أن المعلوميه المعتبره فى الدعوى أوسع دائره من المعلوميه المعتبره فى البيع فتكفى المشاهده أو الوصف حتى فى المكيل و الموزون الذى لا يكفى فى البيع و فى الأراضـى و البساتين يكفى ذكر الحـدود و الجهات بل لا بـد من ذكر الحدود سواء فى الدعوى أو البيع إلا إذا كانت حدوده مشـهوره معلومه بحيث تغنى شهرتها عن ذكرها و لا يلزم ذكر مساحته أو عدد نخيله و أشجاره و لا عدد غرف الدار و مرافقها كل ذلك لكفاله المعلوميه فى الجمله فى أمثال هذه الموارد حتى فى البيع الذى هو أضـيق العقود فضلا عن غيره و قد أشار الى بعض هذا فى ماده «۱۶۲۳» إذا كان المدعى به عقارا الى آخرها.

(اما المـديون) فهى مبنيه على المعلوميه التامه لأنها حق فى الـذمه لا فى الخارج فلا بـد من بيانه بما يرفع الإبهام كما أشارت إليه ماده «۱۶۲۶» إذا كـان المـدعى به دينا يلزم المـدعى بيان جنسه و نوعه و وصـفه و مقـداره مثلا يلزم ان يبين جنسه بقوله ذهبا أو فضه و نوعه بقوله سكه آل عثمان أو الانكليز و وصفه بقوله سكه خالصه أو مغشوشه و مقداره بقوله ألفا،،، إلى آخرها.

ماده «۱۶۲۷» إذا كان المدعى به عينا فلا يلزم بيان سبب الملكيه

بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله هذا المال لى و اما إذا كان دينا فيسئل عن سببه الى آخرها.

فالفرق بین المقامین غیر واضح و الأصح انه لا یلزم بیان السبب لا فی الدین و لا فی العین فتدبره.

ماده «۱۶۲۸» حکم الإقرار هو ظهور المقر به و لیس حدوثه بداءه

و لهذا لا یکون الإقرار سببا للملک بناء علیه لو ادعی شیئا و جعل سببه إقراره فقط لا یسمع دعواه مثلا لو ادعی ان هذا المال لی و ان هذا الرجل الذی هو ذو الید کان قد أقر بأنه مالی تسمع دعواه و اما إذا ادعی بقوله ان هذا المال لی لأن هذا الرجل الذی هو ذو الید کان قد أقر بأنه مالی فلا تسمع دعواه،،، الفرق بین المثالین دخول اللام فی الثانی فلم یصح لانه ظاهر فی التعلیل و عدم دخوله فی الأول فتکون الدعوی مرکبه أو متعلقه بأمرین الحق و انه قد أقر به، و لکن لا تذهبن عنک الخدشه فی هذه التفرقه و انما تبطل الدعوی لو صرح ان سبب ثبوت الحق هو إقراره فإن الإقرار لا یکون سببا اما لو کان مراده من اللام ان الإقرار سبب الإثبات لا الثبوت کان متجها و وجب ان تسمع الدعوی فی المقامین (توضیح) هذا انک ربما لا تکون عالما بان لک حقا علی فلان و لکن هو قد اعترف به فتقول ان لی علیه هذا الحق لأنه هو أقر به و هذه دعوی صحیحه وجیهه فتدبره جیدا فإنه جید ثمین و متین.

الفصل الثانى (فى دفع الدعوى)

ماده «۱۶۳۱» الدفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعى الى آخرها.

أتقن و أحسن من هذا التطويل القاصر و البيان الفاتر ان يقال ان جواب المدعى عليه اما إقرار أو إنكار أو سكوت، أما الأمثله التى ذكرت فى هذه الماده فكلها من قبيل الإقرار و دعوى الدفع فتنقلب الدعوى و يصير المدعى مدعى عليه و المدعى عليه مدعى و عليه إثبات الدعوى اى دفع الدفع أو التحويل أو غيرهما و (بالجمله) فالمدعى عليه إذا أقر حكم عليه فلو ادعى الإيصال أو نحوه لزمه الإثبات و الا نفذ الحكم عليه و إذا أنكر فعليه اليمين ان لم يكن للمدعى بينه «اما السكوت» فان كان لعذر مشروع لصمم أو خرس أو مرض توصلوا الى إفهامه بالإشاره و ان كان لعذر مانع فعلا أمهل إلى زوال عذره و ان كان بلا عذر الزم بالجواب أو لا ـ بالرفق و اللين ثم يتدرج الحاكم إليه بالشده و الغلظه من مرتبه إلى أشد منها حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

فإن بقى مصرا على عدم الجواب فرارا من الحق و تماديا فى الباطل فقد اختلفوا بين قائل بلزوم حبسه حتى يجيب، و قائل بأنه

يجبر عليه بالضرب و الإهانه و قيل ان الحاكم يقول له ثلاثا ان أجبت و الا جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعى فان أصر رد اليمين و حكم عليه و قيل بتخير الحاكم و ينبغى ان يكون هذا هو الأصح فيكون امره راجعا الى الحاكم فان نفسيات الأشخاص مختلفه و درجاتهم متفاوته و لكل مقام مقال و لكل رجل حال «و الغايه» انه إذا أصر على عدم الجواب بغير عذر و لم يتمكن الحاكم من التوصل إلى وسيله لتحصيل جوابه رد اليمين على المدعى ثم يحكم على الساكت لانه اما ان يجيب بالإقرار و هو مثبت للحق و اما بالإنكار و حكم اليمين و حيث لم يحلف رد اليمين على المدعى و حكم له، اما المواد الثلاث المذكوره فى هذا الفصل فكلها كما عرفت من قبيل الإقرار و دفع الدعوى بالدعوى و من قبيل الانقلاب الذى عرفت حكمه

الفصل الثالث (فى بيان من كان خصما و من لم يكن)

ماده (۱۶۳۴) إذا ادعى أحد شيئا و كان يترتب على إقرار المدعى عليه حكم بتقدير إقراره يكون بإنكاره فى الدعوى و اقامه البينه خصما.

و ان كان لم يترتب حكم على إقرار المدعى عليه إذا أقر لم يكن خصما بإنكاره مثلا-،،، تشويه البيان و سوء التعبير و شده التعقيد أمر الفناه و عرفناه فى هذا الكتاب و لكن الأمر الثقيل على الطبع

اللطيف هو التطويل بلا فائده و الظاهر ان المراد بهذه الماده هو تعريف الخصم بأنه هو الذى يلزمه لو أقر حكم اى هو الذى يحكم عليه بشىء لو أقر، و أنت خبير بان تعريف الخصم لا فائده أصلا و لا ثمره تترتب عليه ابدا فان كل واحد من المتداعيين خصم للآخر لا يمتاز أحدهما عن الآخر من ناحيه الخصومه و أيضا لم يرد لفظ الخصم فى كتاب و لا سنه حتى يلزمنا معرفته أو تعريفه و انما المهم و اللازم معرفه المدعى و المنكر و تمييز أحدهما عن الآخر حتى يلزم كل واحد منهما بوظيفته من البينه و اليمين حسب ما ورد فى النبوى المشهور البينه لمن ادعى و اليمين على من أنكر، على اختلاف اساليبه الوارده فى كتب الفقه و الحديث و هذه المسأله أعنى قضيه الضابطه لتمييز المدعى من المنكر هى من أمهات أو معضلات كتاب القضاء و قد اختلفت كلمات فقهائنا الاعلام فى هذا المقام أشد الاختلاف و كثرت التعاريف و الضوابط بما يجتمع بعضها مع بعض تاره و يفرق أخرى فى مورد دون مورد و محل دون آخر و المشهور من تلك الضوابط ثلاثه أو أربعه.

(١) المدعى هو من يخالف قوله الأصل و المنكر هو من يوافق قوله الأصل.

«٢» المدعى من يخالف قوله الظاهر، و المنكر من يوافقه.

«٣» المدعى هو الذى لو ترك يترك، و المنكر هو الذى لا يترك لو ترك.

(۴) المدعی من لا یلزمه شـی ء بإقراره و المنکر من یلزمه شـی ء لو أقر و کان أصحاب المجله أراد و هذا الوجه الأخیر فقصرت عباراتهم عن القصـد الصـحیح حیث جعلوه ضابطه للخصم؟؟؟؟ لا یتعلق به غرض أصـلا و انما المهم هو المدعی و المنکر فساء البیان و اختل المیزان و تنافرت الإطاعه و العصـیان ثم ان تلک التعاریف قـد تنطبق علی مورد واحد متصادقه علیه و قد تتنافر فی موارد اخری (مثلا) لو ادعی زید علی شخص من غیر أهل بلاده و لم نعرف له علاقه به و لا صله معه بدین فأنکر الآخر فزید هو المـدعی علی جمیع التقادیر المتقـدمه و الشـخص منکر علی کل تقدیر منها، و لکن لو ادعت الزوجه التی تسـکن مع زوجها مع یسـاره و صـلاحه انه لاـ ینفق علیهـا فهی منکره علی الأول و الأخیر مـدعیه علی الثانی و الثالث و ربما یتحصل فرض یختلف فیه کل فرض مع الآخر، و التحقیق المهم هنا لیس ترجیح احدی هذه الضوابط علی سائرها و انما المهم شی ء أدق و أحق بالبحث و هو ان هـذین اللفظین اعنی (المدعی) (و المنکر) لیس للشارع فیهما اصـطلاح خاص و لا له فیهما حقیقه شـرعیه حتی نبحث عن ذلک المعنی المجعول و هو ما یسمیه بعض (بالموضوعات المستنبطه) کالکر و المسافه و الزکاه و الصلاه و نظائرها و انما المراد به المعنی اللغوی أو العرفی و التعـاریف کلهـا طـالت أو قصـرت کلها لتحدیـد ذلک المعنی و الکشف عنه بجمله جامعه مانعه و لننظر أولا إلی تصاریف هذه الماده اعنی المدعی و لا خفاء فی أنها مأخوذه من

الدعوى و هى مصدر أو اسم مصدر من دعا يدعو دعاه و دعوى و يرجع أصلها إلى الطلب و دعاه طلبه أو طلب منه و اليه يرجع المضاعف و هو ادعاه دعوى اى تطلب منه حقا أو شيئا إذا فالمدعى هو الذى يطلب منه غيره شيئا سواء كان طلبه موافقا للأصل أم لا ـ موافقا للظاهر أو مخالفا فالزوجه مدعيه لأنها تطلب من الزوج و ان كان فى دعواها عدم الإنفاق مخالفه للظاهر من جهه يساره و سكناها معه و هذا و ان اختل فى جمله من الموارد و هى باب الأمناء كالمستأجر و الودعى و المرتهن و العامل فى المضاربه فإن أحد هؤلاء لو ادعى رد العين أو تلفها بغير تفريط فهو مدع قطعا مع انه لا يطلب شيئا من خصمه بل خصمه و هو الموجر و المودع يطلب شيئا منه و هو العين و لكن يمكن أيضا إرجاع هؤلاء الى ذلك الأصل فإن كل واحد من هؤلاء يطلب شيئا و هو سقوط ضمان اليد عنه لما عرفت فى محله من هذا الكتاب ان عموم قاعده تقتضى ضمان كل من تلف مال غيره فى يده و لهذا الضمان مسقطات منها الرد و منها التلف بغير تفريط و غير ذلك فالمستأجر يطلب سقوط ضمان العين التى كانت بيده بحصول المسقط فهو المدعى حقيقه و الموجر منكر و هكذا «و بالمجله» فلو رجعنا الى العرف فى معنى المدعى لوجدناه مفهوما بسيطا و فى غايه البساطه و ليس هو أكثر من انه هو المطالب غيره بشى ء نعم قد يقع الاشتباه كثيرا فى مصاديقه أو تمييز المطالب من المطالب منه و هذا جار فى أكثر المفاهيم العرفيه التى لا يزال يحصل الاشتباه و الشك فى جمله

أفراد انه من مصاديقها أم لا ـ و هنا تظهر فطانه الفقيه و لباقه المجتهد و فراسه الحاكم، و كل وظيفه الحاكم هى تطبيق الكليات على مصاديقها و استخراج أحكامها من أدلتها، فالمقتضى يعطى احكام الكليات و الحاكم يطبقها على الجزئيات،،، فتدبر هذا و انتفع به،،، اما الأمثله التى ذكرتها المجله فى هذه الماده فالفرق بين المثالين لعله مبنى على حقوق العقد و حيث ان حقوق عقد الرسول للمرسل فيكون هو الخصم للمدعى و تسمع دعواه و بيته لانه لو أقر للزمه دفع الثمن بخلاف الوكيل فان حقوق العقد له لا لموكله و لو أقر لم يلزمه بإقراره شى ء فلذا لا تسمع الدعوى عليه و لا البينه،،، هذا خلاصه ما اعتمدته المجله فى الفرق و لا يخفى على الشادى فضلا عن الفاضل ضعفه و ان الوكيل إذا اشترى لموكله كانت حقوق العقد لموكله أيضا كالمرسل [و بالمجله] فالوكيل و الرسول ان اشتريا لأنفسهما كان المرسل و الموكل أجنبيين و لا تتوجه الدعوى الى واحد منهما أصلا و ان اشتريا للموكل و المرسل توجهت الدعوى إليهما و سمعت بينه المدعى عليهما، اما الوصى و الولى و المتولى فحقوق العقد لهم و إقرارهم نافذ فى كل ما يعود الى ما لهم الولايه عليه بعد فرض أمانتهم و عنايتهم [ماده: ۱۶۳۵] الخصم فى دعوى العين هو ذو اليد فقط،،، الدعوى اما ان تتعلق بعين أو دين أو منفعه أو حق اما الدعوى على العين فان كانت تعلقت الدعوى على من هى فى يده فعلا فلو كان ذو اليد قد اشتراها من آخر لعله غاصب لها أو متغلب عليها اشتباها لم تتوجه على ذلك

الغـاصب البالغ بل على المشترى المسـتولى على العين فعلا فإذا أثبت المـدعى أنها له انتزاعها منه و يرجع بالثمن على بائعها و ان كـانت بـالغه تخير فى الرجوع بقيمتهـا على البائع أو على المشترى و يرجع هو على البائع و تجـد تفصـيل هـذه النواحى فى توارد الأيادى على العين إذا تلفت فى يـد أحـدهم و مما ذكرنا يظهر الخلل فى ماده (١۶٣۶) إذا خرج مسـتحق للمال المشترى و ادعاه نظر الى ان المشترى،،، فان الـدعوى على كل حال تتوجه إلى ذى اليـد بايعا كان أو مشتريا فإذا كانت لا تزال عند البائع كان هو الخصم لا يلزم حضور المشترى لأنه لم يعلم كونه مالكا و ملكيته على ملكيه البائع و هى الأصل فإذا زال الفرع تبعا قهرا.

ماده (١۶٣٧) يشترط حضور الوديع و المودع و المستعير و المعير

و المسـتأجر و المؤجر و المرتهن و الراهن معـا عنـد دعوى الوديعه على الوديع الى آخرها،،، العين فى يـد هؤلاء أمانه مالكيه فلو ادعاهـا مـدع فالـدعوى على المالك لا على المؤتمن بل و لا يشترط حضوره أصـلا بل لو أراد ان يـدفع الـدعوى من نفسه كان متبرعـا و لاـ تنحسم الـدعوى بـدفاعه بـل لاـ بـد من دفاع المالك و الحكم له أو عليه اما لو غصـبها غاصب من المسـتعين أو من المرتهن أو المسـتأجر فلكل واحـد منهم الـدفاع بما انه أمين و الأمين وظيفته المحافظه على الامانه و الـدفاع عنها بل لو لم يـدافع لكان مقصرا أو ضامنا فمن هنا صح دفاعهم عن الامانه و تحققت الخصومه كما انها تصح من المالك و هو فى ذلك

الأصل الذی الیه و به تنتهی القضیه اما أولئک اعنی الوعی و المستعیر و المرتهن فیشکل انسجام الدعوی بدفاعهم بحیث لو صار الحکم علیهم لا یبقی مجال دفاع للمالک و تجدید النظر فیها کما لو کان الحکم علیه رأسا فتدبره فإنه جدیر بذلک.

(۱۶۳۸) لا یکون لودیع خصما للمشتری

و هو انه إذا ادعی أحد تسلیم الدار المودعه عند شخص بقوله انی اشتریت هذه الدار الی آخرها.

الفرق بین المثالین ان المدعی فی المثال الأول لم یدع الوکاله فلو ادعاها فرضا لم یثبتها و فی الثانی ادعاها و إثباتها، و لکن لا یذهبن عنک ان یقول وکلتک بتسلیمها و إقباضها إذ لا معنی ان یوکل الإنسان علی قبض ما انتقل الیه و ما صار ملکه نعم انما یصح ان یوکل الودیع فی الإقباض و التسلیم فتدبره.

(۱۶۳۹) لا یکون الودیع خصما لدائن المودع

بناء علیه إذا أثبت الدائن طلبه الذی هو فی ذمه المودع فی مواجهه الودیع فلیس ان یستوفی الدین من الودیعه التی عنده،،، هذا صحیح و لکن قید (فی مواجهه الودیع) لا محل له بل إذا أثبت الدین فی مواجهه الودیع أو غیبته لم یکن له الاستیفاء مطلقا کما ان أخذ النفقه من الدراهم المودعه للغائب لا یصح علی إطلاقه بل انما یصح بحکم الحاکم مع مطالبه الزوجه مثلا و عدم باذل عنه لا مطلقا، فالأول یجب إطلاقه و الثانی یجب تقییده و هو واضح، و ماده [۷۸۹] أیضا لا تفی

بالبیان فراجعها.

«١۶۴٠» لا یکون مدیون المدیون خصما للدائن،،،

هـذا ممـا لاـ اشـکال فیه و لاـ ریب و لاـ حاجه الی بیانه فإنه من توضـیح الواضـحات و مثله ماده (١۶۴١) لاـ یکون المشتری من المشتری خصـما للبـائع مثلاـ لو باع أحـد ماله لآخر و بعـد القبض باعه المشتری لآخر أیضا فلیس للبائع الأول ان یطلب الثمن من المشتری الثانی-،،، نعم هـذا صـحیح و لکن للبائع ان یفسخ بخیار تأخیر الثمن و إذا انحل العقد الأول انحل الثانی طبعا فیسترجع البائع العین من المشتری الثانی و هو واضح.

ماده «١۶۴٢» یصح ان یکون أحد الورثه خصما فی الدعوی التی تقام علی المیت أو له،،، الی آخرها.

هذا الموضوع متشـعب الجهات متسع النواحی و لم توفه المجله حقه، فنقول فی تشـریحه و توضـیحه من جمیع أطرافه- ان واحدا من جمـاعه لـو ادعی علی آخر بعین فی یـده أو دین فی ذمته، أو ادعی شـخص علی واحـد من جمـاعه کـذلک فامـا ان یکـون السـبب فی الـدعوی واحـدا أو متعـددا فإذا کان لکل واحد سـبب یدعی به فلا إشـکال فی ان الواحد لو ادعی بسـبب و اثبت لم یثبت حق الآخر الذی یدعی حصـته فی العین بسبب آخر مثلا لو ادعی جماعه ان العین التی بید زید هی لهم اجمع و لکن ملکیه أحدهم بالهبه و الآخر بالشراء

و هكـذا فإذا أثبت المدعى بالهبه حقه فيها يحتاج مدعى البيع إلى إقامه دعوى مستقله و إثبات آخر، و اما إذا اتحد السبب فاما ان يكون هو الإرث أو يكون غيره، اما الإرث فلو ادعى أحد الورثه عينا لميتهم فى يد الغير فاما ان يقر صاحب اليد له بحصته فقط أو يقر بأنها لمورثه و على الثانى يشترك الورثه فيها بأجمعهم و لكن لا يجوز له دفع حصصهم لواحد منهم الا بتوكيل منهم و الا فاللازم ان يدفع لكل واحد حصته، و لو أقر للمدعى بحصته فقط لم يثبت حق الآخرين الا بدعوى منهم مستقله و إثبات جديد و ان لم يقر و اثبت الوارث المدعى حقه بالبينه فإن شهدت البينه بحقه فقط لم يثبت حق الآخرين و ان شهدت بالسبب بان قالت ان هذه العين لمورثهم يثبت حق الجميع و لكن لا يدفع حق كل واحد الا له أو لوكيله و لا فرق فى هذا بين دعوى الدين أو العين، اما إذا كانت الدعوى على الميت بدين أو بعين هى فى يد واحد منهم فإن أقر له صاحب اليد نفذ إقراره فى حصته فقط و لا ينفذ على الباقين بل يحتاج المدعى الى إقامه الدعوى على كل واحد منهم مستقلا، و ان أثبتها بالبينه فقد يقال انه يمشى الحكم على الجميع و هو الذى صرحت به المجله فى هذه الماده حيث يقول: و إذا لم يقروا ثبت المدعى دعواه فى حضور ذلك الوارث فقط يحكم على جميع الورثه و إذا أراد ان يأخذ طلبه الذى أثبته من التركه فليس للورثه ان يقولوا له اثبت ذلك فى حضورنا أيضا- الى قوله: و ان أنكر الوارث الذى هو ذو اليد و أثبت المدعى دعواه

يحكم على جميع الورثه انظر ماده «۷۸» و هى البينه حجه متعديه و الإقرار حجه قاصره.

و لكن هذا الكلام مختل الدعام، منحل النظام، أما (أولا) فيمكن ان يقال ان البينه و الحكم إذا قام على أحد الورثه لم يكن وجه لسريانه إلى باقى الورثه مع عدم حضورهم إذ لعل لهم دفاعا غير الذى دافع به ذلك الوارث المحكوم فلا بد اما من حضورهم فى الدعوى أو تحديدها بالنسبه إليهم (و ثانيا) لو فرض سريان الحكم و البينه إليهم فما الوجه فى قول المجله و لكن لهم صلاحيه دفع دعوى المدعى فان معنى نفوذ الحكم ان ليس لهم بعد الحكم حق الدفع فهذه الجمله تشبه ان تكون متناقضه مع ما تقدمها و ما تأخر عنها، و الأقرب ان الحكم على أحد الورثه لا يسرى الى الباقين الذين لم يحضروا و لم يوكلوا و لهم المطالبه بإعاده الدعوى بحضورهم أما ماده (۷۸) فهى أجنبيه عن هذا المعنى فراجع الجزء الأول من التحرير هذا كله فى الدعوى على الميت و الورثه، و اما لو كانت الدعوى لهم على شخص فإن أقر للجميع فلا اشكال و ان أقر لواحد اختص الإقرار به و ان اثبت الحق بالبينه لزمه الحق للجميع ان شهدت البينه و الحكم به كذلك و الا اختص الحق بمن اختصت به و بالضروره فإن الحكم انما يصدر على وزان البينه سعه و ضيقا، و مثله الكلام فى دعوى واحد من جماعه بسبب واحد غير الإرث كالاتهاب و الشراء و أمثالها فإنه أيضا يدور مدار الإقرار و البينه سعه و ضيقا و من جميع ذلك

يتضح لک ان الإقرار و البينه متساويان من هذه الجهات و ان اختلفا بالنظر الى بعض الخصوصيات كما تقدم فى محله و هذا كله مما لا ينبغى الإشكال فيه انما الاشكال و العقده العسره الانحلال، ان الواحد الذى يدعى بالسبب المشترک إرثا كان أو غيره إذا أقر له المدعى عليه بخصوصه أو قامت البينه عليه كذلک إرثا كان السبب أو غيره كما لو ادعى ان هذه الثياب التى بيد زيد هى له و لإخوته إرثا أو شراء فاعترف له صاحب اليد بان له ثوبا منها و دفعه اليه فهل يشترک معه اخوته حسب دعواه و اعترافه أو يختص حسب إقرار صاحب اليد مسأله مشكله و لأصحابنا فيها خلاف يطلب من مظانه و الاشتراک أقرب عينا كان أو دينا و ليس من هذا القبيل اعتراف أحد الإخوه بأن زيدا المجهول النسب أخوهم و يشاركهم فى الميراث فإنه لا يمضى إقراره إلا فى حصته و لا يسرى الى إخوته الباقين اما لو اقام زيد البينه على انه أخوهم فإنه يشاركهم جميعا و ذاک لأن الإقرار حجه قاصره و البينه حجه متعديه كما مضى فى القاعده التى مرت الإشاره إليها و هذا هو المعنى الصحيح للقاعده لا ما تخيله أصحاب المجله فتدبره ثم ان المجله نبهت على القسم الثانى من أسباب الدعوى المشتركه و هو السبب غير الإرث فى ماده (١٦٤٣) ليس لأحد الشركاء فى عين ملكوه بسبب غير الإرث ان يكون فى الدعوى خصما للمدعى فى حصه الآخر- و لكنها ناقصه غير مستوفاه فان الإثبات على أحدهم بحضورهم بالبينه فإنها تمضى عليهم جميعا ان شهدت البينه عليهم بنحو

عام و ان شـهدت بنحو خاص أو كانوا غير حاضـرين فالحكم لا يسـرى إليهم نعم لو أقر أحـدهم بحق المـدعى فهو مقصور على حصه ذلك المقر مطلقا.

ماده (۱۶۴۴) تسمع دعوى واحد من العامه إذا صار مدعيا

و يحكم على المدعى عليه فى دعوى المحال التى يعود نفعها الى العموم كالطريق العام.

يعنى لو ان أحدا ادعى ان هذا الشـخص قد أخذ من الطريق العام لداره أو يجلس فيه للبيع و يضر بالماره تسمع دعواه و إذا أثبتها يحكم على المـدعى بما يراه الحاكم من غرامه و غيرها ماده «۱۶۴۵» واضحه ماده «۱۶۴۶» أهالى القريه الذين يزيد عددهم على المائه يعدون غير محصورين.

الأصـح إرجـاع المحصور و غيره الى العرف و الظـاهر ان ملاك غير المحصور ان يبلغ من الكثره إلى مقـدار يعسـر عـده و هـذا يختلف باختلاف الأحوال و المواقع فقد تكون المائه فى حال محصوره و قد تكون فى حال آخر غير محصوره.

الفصل الرابع فی (بیان التناقض)

اشاره

هـذا المبحث لاـ عین له فی کتب أصـحابنا و لاـ اثر و لم یـذکر فی متون الفقه، و إهمـاله هو المتعین فان التناقض خصوصـیه فی جریان المرافعه و الخصومه و یرجع حکمها الی الحاکم و یختلف ذلک باختلاف المقامات و الأحوال فقـد یکون التناقض بإقرار بعـد إنکـار أو إنکـار بعـد إقرار فهو و ان تناقض و لکن الحکم یکون علی إقراره فی المقامین و لا أثر لإنکاره تقـدم أو تأخر، و علی هذا النسق الأمثله التی ذکرتها «المجله»: مثلا لو أراد أحد ان یشتری مالا ثم قبل الاشتراء ادعی انه ملکه لا تسمع دعواه- فان هذا ممنوع علی إطلاقه بل یمکن القول بصـحه سـماع دعواه إذا أبدی وجها مشـروعا معقولا یظهر علیه الصدق حسب المقامات مثـل انه أراد شـراءه تفادیـا من خسه الخصومه و حفظـا للکرامه ثم رأی غلاـء الثمن فعـدل عن ذلک و ما أشـبه هـذا من الوجوه الکثیره و المعـاذیر المعقوله و مثـل هـذا ما یلیه من الأمثله فالجمیع یمکن فی بعض المواقع قبول الـدعوی لوجه مشـروع یرتفع به التناقض

إذا فالتناقض ليس بأمر ذى شأن يقتضى أن يعقد له عنوان، بل من خصوصيات جريان المرافعات و ليس له قاعده كليه و حكم مطرد بل يكون مانعا تاره و غير مانع اخرى و أوضح من هذا خللا و ضعفا ماده «۱۶۴۸» كما انه لا يصح لأحد ان يدعى المال الذى أقر بكونه لغيره بقوله هذا مالى كذلك لا يصح ان يدعيه بالوكاله أو الوصايه عن آخر.

إذ أى مانع ان يكون كما أقر به للغير باعتبار الزمن السابق ثم انتقل الى المقر بعد ذلك غايته انه ملزم بالإثبات و هذا هو عين سماع الدعوى (فاسمعها جيدا) كما انه اى مانع من إقراره بأنه مال الغير و هو ولى عليه أو وصى عن آخر، فأين التناقض و لو صوره فضلا عن التناقض حقيقه، و هكذا ماده «۱۶۴۹» إذا أبرأ أحد آخر من جميع الدعاوى لا يصح له ان يدعى بعد ذلك مالا لنفسه و لكن يصح له ان يدعى بالوكاله.

فإنها أيضا قاصره بتراء فإن الإبراء عما مضى من الحقوق فى الزمان فلا مانع من دعوى حق له جديد متأخر عن وقت الإبراء و ان كان عن السابق و اللاحق فهو إبراء غير صحيح لانه من قبيل إسقاط ما لم يجب فله ان يدعى حقا جديدا بعد الإبراء و هكذا ماده «۱۶۵۰» إذا ادعى أحد مالا لآخر فلا يصح له بعد ذلك ان يدعى به لنفسه،،، بل يصح ان يدعيه لنفسه بدعوى انه اشتراه منه أو وهبه له

المالک و ما أشبه، فلأی شـی ء لا تسـمع دعواه؟ بل لعله قد ادعاه لآخر لغرض صحیح- کالغرض صح به ان یدعیه لآخر بعد ما ادعاه لنفسه لان الوکیل بالدعوی یضیف الملک الی نفسه فی بعض الأحیان، و لا فرق فی ذلک بین ان یکون عند الخصومه أو غیرها فافهمه.

ماده (۱۶۵۱) کما ان الحق الواحد لا یسـتوفی من کل واحد من الشخصین علی حده بتمامه. کذلک لا یدعی الحق الواحد الذی ترتب من جهه واحده علی رجلین.

یعنی کما ان الحق الـذی ثبت علی شـخص معین لا یعقل ان یطالب غیره و لا یسـتوفی إلا منه کـذلک الحق الذی یدعی به علی شخص من جهه واحـده لا یمکن ان یـدعی به من تلک الجهه علی شـخص آخر، و التقیید بوحده الجهه احترازا عما لو تعددت فان الکفیل یطالب و یـدعی علیه بما تکفل به مع صـحه مطالبه المکفول أیضا لنفس ذلک الحق و لکن الجهه متعدده و ان کان الحق واحـدا فإن أحدهما عهده لنسـبه و الأخری عهده غیریه و هذا و ان کان صـحیحا بادی الرأی و لکن یمکن نقضه بالضـمان علی مذهب الجمهور من انه ضم ذمه إلی ذمه فکل واحد یصح مطالبه علی البدل بحق واحد و من جهه واحده فلیتدبر.

ماده (۱۶۵۲) یتحقق التناقض فی کلام الشخصـین اللـذان هما فی حکم المتکلم الواحـد کالوکیل و الموکل و الوارث و المورث الی آخرها.

كما لو ادعى الموكل ثمن مبيع و الوكيل غرامه إتلاف و نظائر ذلك و لكن قد يرتفع عند الحاكم تناقضهما ببعض الوجوه المعقوله.

ماده (۱۶۵۳) يرتفع التناقض بتصديق الخصم

مثلا- بعد ان ادعى أحد على آخر ألفا من جهه القرض ثم لو ادعى ان المبلغ المذكور من جهه الكفاله و صدقه المدعى عليه يرتفع التناقض.

لعله لا تناقض أصلا فإن الكفاله اشتغال الذمه فهو أيضا قرض بمعناه العام نعم لو ادعى انه أخذ منه المبلغ قرضا ثم قال أخذته من غيره و قد كفله كان تداهنا فتدبره. و مثله ماده «۱۶۵۴» و يرتفع التناقض بتكذيب الحاكم مثلا لو ادعى المال الذى هو فى يد غيره انه مالى و أنكر ذلك المدعى عليه بقوله ان هذا المال كان لفلان و انا اشتريته منه و اقام المدعى البينه و حكم بذلك يرجع المحكوم بثمن المال على البائع، و التناقض الذى رفع بين إقراره يكون المال للبائع و بين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب حكم الحاكم إقراره.

فإنه لا تناقض أصلا ضروره ان قوله هذا المال لفلان و ما اشتريته منه مبنى على ظاهر اليد و قد ارتفع هذا بالبينه قبل ان يحكم الحاكم لما عرفت من ان البينه لها نظر الى الواقع و متعلقها منزل منزله الواقع فلذلك هى حاكمه على اليد و على الإقرار و على سائر الأمارات فتدبره.

ماده (۱۶۵۵) يعفى التناقض إذا ظهرت مقدره المدعى و كان محل خفاه مثلا إذا ادعى المستأجر على المؤجر إلى آخرها،،،

هذه بعض المعاذير التى يرتفع بها التناقض الظاهرى و هناك وجوه أخرى كثيره تجرى حتى فى ماده (۱۶۵۶) الابتدار الى تقسيم التركه إقرار بكون المقسوم مشتركا بناء عليه لو ادعى أحد إلى آخرها،، و وجه الارتفاع فى الأول فضلا عن الثانى غير خفى فافهمه و تكثير الأمثله و ان كان فيه فائده التمرين أحيانا و لكنها قد توجب من الملل و الضجر أكثر من التمرين بالتمرين فما فى ماده (۱۶۵۷) لو أمكن توفيق الكلام الذى يرى متناقضا و أوفقه المدعى أيضا يرتفع التناقض مثلا- الى آخرها.

جميل من حيث التنبيه على اختلاف التفاسير و أساليب الدعوى التى يختلف الحكم باختلافها من حيث التناقض و عدمه مع تقاربها بل وحدتها فى بادى الرأى، فإذا قال لم تودع عندى شيئا كان مناقضا لقوله رددتها عليك اما لو قال ليس لك عندى فعلا- لم يكن تناقضا و هكذا حال الأمثله المتقدمه و هو باب جميل و ان كان فيه شى ء من التطويل و من هذا القبيل ماده [۱۶۵۸] فإنه بإقراره و كتابه للوثيقه و السند على نفسه فقد تم هذا الأمر من جهه فلو سعى فى نقضه كان سعيه مردودا عليه،،، اما- ماده (۱۶۵۹) إذا باع أحد مالا فى حضور آخر لشخص على انه ملكه و سلمه ثم ادعى

الحاضـر بأنه ملكه مع انه كان حاضرا فى مجلس البيع و سكت بلا عذر ينظر الى ان الحاضر هل كان من أقارب البائع أم لا- الى آخرها، فإنها مع ما فيها من التعقيد الشديد و سوء البيان، غير متجه ما فيها من التفصـيل بين الأقارب و الأجانب فإن السكوت بغير عذر ظاهر فى عدم علاقته به و انه ملك البائع و ربما كان السـكوت كلاما فدعواه الملكيه بعد ذلك يناقض اعترافه بملكيه البائع التى دل عليها سكوته الذى هو بمنزله الكلام و هذا الوجه يجرى فى البعيد و القريب و لا اعرف للتفصيل وجها معقولا فتدبره.

الباب الثانى فى (حق مرور الزمان)

اعلم أصـلحك اللّه ان فقهـاء الإمـاميه رضوان اللّه عليهم لاـ يبحثون عن حكم واقعه الا من حيث دليلها الشـرعى و ما يسـتفاد من نصوص الكتـاب و السـنه و احكـام العقـل الضـرورى يعنى أنهم يبحثون عن أحكام الوقائع من حيث جعل الشارع الحكيم لا من حيث الجعل البشرى و الاستحسانات الاعتباريه، و جعل القوانين الدوليه، فان فقه

الإمـاميه بمعزل عن هـذا بل هو شـرعى محض لا يتعـدى عن حـدود الفرقان المجيـد و السـنه النبويه و الاحكام العقليه القطعيه لا الظنيه أو الاسـتحسانيه، و حيث ان قضـيه مرور الزمـان لا ترجع الى كتاب و لا سـنه بل و لا الى عقل و لا اسـتحسان و لا قياس، و انما هو جعل جزافى محض، و احكام اقتراحيه صـرفه، لـذلك لا تجـد لهـذا البحث اعنى بحث (مرور الزمان) فى كتب أصـحابنا عينا و لا أثرا لا فى المختصـرات و لا المطولات، و لعمر الحق ان عدم سماع الدعوى لقضيه [مرور الزمان] لحكم جزافى جائز إذ مـا المـانع من سـماع الحـاكم دعوى قـد مضـى عليها مائه سـنه لا ثلاثون فينظر فيها فان كانت حقا حكم بالحق و ان كانت باطلا ردها، اما التعليل بان تركه المطالبه بحقه طيله المده من غير عذر دليل على سـقوطه و الا لطالب به فهو مدفوع بان هذا لا يقضـى بعدم السـماع بل اللازم ان يسـمعها الحاكم ثم يسأله عن سبب تركه المطالبه فى تلك البرهه فان أبدى عذرا معقولا فذاك و الا جعله بعض القرائن على بطلان حقه فـإن عـارضه بمـا هو أقوى حكم له و الا حكم عليه، (و الخلاصه) ان عـدم سـماع الـدعوى لمرور الزمـان يجحف بـالحقوق و يروج دوله الباطل، و ما أكثر ما تكون للناس اعـذار خفيه، و موانع سـريه، توجب عليهم تأخير المطالبه غير الموانع العامه كالصغر و الجنون و المرض و السفر فلو اوصدنا باب سماع الدعوى عليهم كنا قد ذهبنا بحقوقهم ظلما و عدوانا أ فليس من الظلم الفاحش ان لا تسمع دعواه و لعله محق فيها و من هذا البيان و ما

طويناه من أمثاله يظهر لك ان قضيه مرور الزمان و سد باب الدعوى من اجله حكم جزافى لا يطابقه كتاب و لا سنه، و لا يوافقه عقل و لا قياس، و من هنا تعرف رصانه فقه الإماميه و بعد نظرهم و قوه مداركهم، إذا فلنطو هذا البحث على علامته و لنوصد بابه لأننا لا نبحث فى مسأله الا من حيث دليلها الشرعى اما إذا خلت عن الدليل و كانت جعلا جزافيا، فلا ناقه لنا فيها و لا جمل و لسنا منها فى خل و لا خمر. و كان الواجب على أرباب (المجله) بما انها فقه إسلامى مأخوذ من أئمه المذاهب الأربعه ان لا يذكروا شيئا من هذا الباب فى مجلتهم و اللازم على من يرغب فى تحرير المجله حذفه و اللّه الموفق و به المستعان.

الكتاب الخامس عشر (فى البينات و التحليف)

اشاره

و يشتمل على مقدمه و أربعه أبواب

(المقدمه فى بيان بعض الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه) بالبينات و التحليف

اشاره

المقدمه ماده «١۶٧۶»

البينه:

هى الحجه القويه.

هذا تعريف باللام الأعم كما يقولون «سعدانه بنت».

فان الشياع أيضا حجه قويه و التواتر حجه قويه بل و ما دون البينه أيضا حجه قويه كخبر العدل الواحد بناء على حجيته فى الجمله و كل هذه الأمارات حجه قويه فيما إذا تمتاز البينه إذا فالأصح

فی تعریفها ان یقال انها- الشاهدان العادلان فی أمر یترتب علیه حکم شرعی.

ماده «١۶٧٧»

التواتر:

خبر جماعه لا یجوز العقل اتفاقهم علی الکـذب، و یعتبر ان یکون ذلک فی جمیع الطبقات فلو انتهی خبرهم الی واحـد لا یکون الخبر متواتر بل الخبر عنه متواتر فیسقط و علیک بتدبره کی لا تسقط.

ماده (١۶٧٨) واضحه «١۶٧٩»

ذو الید:

هو الـذی وضع یـده علی عین بالفعـل أو الـذی یثبت تصـرفه تصـرف الملاـک، ان کـان المراد بالیـد- العضو الخاص و یراد من الوضع القبض بها صح العطف و لکن لا یعتبر هذا المعنی فی الید التی هی محل تعلق الأحکام من ضـمان و دلاله علی الملکیه- و ان کان المراد بها الاستیلاء صح التفسیر و لغا العطف فتدبره- و باقی المواد واضحه.

الباب الأول فی (الشهاده

اشاره

و یشتمل علی ثمانیه فصول)

الفصل الأول فی (بیان تعریف الشهاده و نصابها)

ماده «۱۶۸۴» الشهاده هی الأخبار بلفظ الشهاده

یعنی یقول اشهد بإثبات حق أحد الذی هو ذمه الآخر،،، الا تعجبوا من شکاسه هذا التعبیر و سوء هذا التفسیر الذی هو کتفسیر الشیء بنفسه علی حد قوله: کأننا و الماء من حولنا إلخ فإن النتیجه بعد تلک التعقیدات ان الشهاده هی قول أشهد بأن هذا له حق فی ذمه هذا- مع ان الشهاده لا تنحصر بقضیه الحق فی الذمه بل تشمل الشهاده علی العین أیضا و لا یعتبر فی تحقق معناها حضور الحاکم و لا مواجهه الخصمین و انما هذه الخصوصیات معتبره فی مقام اعتبارها فی الخصومه و حکم الحاکم بها لا فی مقام اعتبارها بذاتها.

ماده (۱۶۸۵) نصاب الشهاده فی حقوق العباد رجلان أو رجل و امرأتان

و تقبل شهاده النساء فقط فی حق المال فی المحال الذی لا یمکن اطلاع الرجال علیها،،، اعلم ان هذا البحث من أهم مباحث الشهاده بل هو فی الدرجه الأولی، فإن حکم الحاکم بالشهاده موقوف علی معرفه نصابها و هو یختلف حسب اختلاف الحقوق کما یختلف اشتراط الذکوره فی بعض و عدم اشتراطها فی بعض آخر و ما ذکرته (المجله) فی هذه الماده ناقص و مع نقصه مختل مضطرب و یعلم هذا من البیان الذی ننشره علیک و ذلک ان فقهاء الإمامیه قسموا الحقوق قسمین (حقوق الخالق) جل شأنه «و حقوق المخلوق» و أظهر حقوق اللّه سبحانه هی العقوبات و الحدود التی فرضها علی مرتکبی الکبائر المحرمه فی الإسلام بل فی عامه الشرائع و هو علی قسمین قسم لا یثبت إلا بأربعه رجال أو ثلاثه و امرأتین و هو زنی المحصن الموجب للرجم و رجلین و اربع نساء و هو زنی غیره الموجب للجلد و اعتبار الأربعه منصوص فی کتاب اللّه المجید فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ- لَوْ لا جاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَهِ شُهَداءَ و قیام النساء مقام الشاهدین، و الشاهد ثبت بالسنه و قد علل بعضهم اعتبار الأربعه بأنه شهاده علی اثنین الزانی و المزنی بها و الخدشه فیه واضحه، و فی بعض الأحادیث أنه تعبد خاص و إیماء إلی بطلان القیاس و الا فالقتل أعظم جریمه عند اللّه تعالی و أضر فی المجتمع مع انه لم یعتبر فی إثباته الأربعه و عندنا مع ذلک فی هذا

الحکم حکمه دقیقه لا مجال لذکرها فی هذا المقام و یلحق بالزنا أخواه.

اللواط و السحق و فی إتیان البهائم خلاف (القسم الثانی) مالا یثبت الا بشاهدین من الرجال و هو ما عدا ما تقدم من باقی الجرائم و الجنایات کالقتل و السرقه قطعا لا مالا و شرب الخمر و الارتداد،،، و هذا مجمل حقوق الخالق اما حقوق المخلوق فهی أیضا أنواع «فمنها ما لا یثبت الا بشاهدین أیضا» و هو ما لا یقصد منه المال أصاله و ان استلزمه أحیانا تبعا کالطلاق و الخلع و الوکاله و الوصیه العهدیه أی الوصیه إلیه لا له و الأهله و النسب اما العتق و النکاح و القصاص ففیه خلاف «و منها» ما یثبت أیضا بشاهد و امرأتین و شاهد و یمین و هو کل ما یقصد منه المال أصاله کالدیون من القرض أو القراض و الغصب و عقود المعاوضات کأنواع البیوع و الإجارات و الرهن و الوصیه التملیکیه و الجنایات الموجبه للدیه و الوقف علی الأصح (و منها) ما یثبت بالرجال منفردین و بالنساء منفردات أو منضمات و ضابطته کلما یعسر اطلاع الرجال علیه من أحوال النساء کالولاده و الاستهلال و عیوب النساء الخاصه و کل مورد یثبت به الحق بشهاده النساء منفردات فلا یکفی فیه أقل من اربع و إذ لم یکمل النصاب کانت شهادتهن لغوا لا اثر لها إلا فی موردین «الوصیه» التملیکیه فإنه یثبت بالواحده ربع و بالاثنین نصف و بالثلاث ثلاثه أرباع و بالأربعه الکل «و الثانی» الاستهلال ای الشهاده بولاده الجنین حیا فیثبت بالواحده ربع المیراث و هکذا، ثم ان الشهاده

لا تجب فی شـی ء من العقود و الإیقاعات لا وضـعا و لا تکلیفا إلا فی الطلاق فإنه لا یصـح بـدون حضور الشاهـدین العـدلین و یستحب فیما عـدا ذلک و یتأکد فی عقود النکاح و الرجعه و لا یثبت شـی ء منها عند الخصومه إلا بالبینه أو الإقرار أو الشاهد و الیمین الی آخر ما مر و یأتی إن شاء اللّه،،، و قد ظهر لک من هذا البیان الموجز ما فی هذه الماده من الفتور و القصور أما «أولا» فالنصـاب فی حقوق العبـاد لا ینحصـر فی الرجلین أو الرجل و المرأتین بل یحصل بالواحـد مع الیمین ای یمین المـدعی «و ثانیا» فـإن شـهاده النسـاء فی الجمله تقبل فی المال و غیره فی حقوق العباد و غیرها فی ما یمکن اطلاع الرجال علیه و غیره و اما «ثالثا» فـان التعبیر بالمال ثم تقییـده بالمحال التی لا یمکن اطلاع الرجال علیها یشـبه ان یکون تهافتا فان کثیرا من المحال التی لا یمکن الاطلاع علیها لا تعلق لها بالمال أصلا کعیوب النساء الموجبه لفسخ عقد النکاح و اما «رابعا» فلیس المدار فی صحه شهاده النساء عدم إمکان اطلاع الرجال فان جمیع موارد قبول شهادتهن کالولاده و عیوب النساء یمکن اطلاع الرجال علیها و لکن یعسر ذلک فی الغالب علی الرجال لانه لا یمکن فتدبره جیدا و اغتنم هذا البحث فإنه ثمین و متین نافع.

الفصل الثانی فی (بیان کیفیه الشهاده)

ماده [١۶٨٧] لا تعتبر الشهاده التی تقع فی خارج مجلس المحکمه

یعنی لاـ تعتبر فی حکم الحاکم بل لا بد فی حکمه من استناده إلی الشهاده التی یسمعها فی مجلس الخصومه امام الخصم و الحاکم، لأنها لا تعتبر مطلقا فان الحق أن البینه حجه مطلقه یجوز لکل من قامت عنده ان یعول علیها أو یجب، فمن شهدت عنده البینه ان الدار التی فی ید زید هی غصب لا یسوغ ان یشتریها منه و لا یجوز ان یدخلها باذنه و هکذا فی سائر الموارد.

ماده (١۶٨٨) یلزم ان یکون الشهود قد عاینوا بالذات المشهود به الی آخرها.

هذه الماده أیضا من المواد المختله المبعثره التی أضاع فهم المقصود منها لسوء بیانها، و تعقید لسانها، و تشویه عبارتها، و هی أیضا من المباحث المهمه، و ما ضابطه ما یصیر به الإنسان شاهدا و قد ذکر أصحابنا «رض» ان الضابط هو العلم الجازم بالمشهود به فقد قال جل شأنه «وَ لا تَقْفُ ما لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ» و قال صلی اللّه علیه و آله

على مثل هذه اى الشمس فاشهد أودع فإن كان المشهود به فعلا من الأفعال التى لا تدركها حاسه السمع و تدركها حاسه البصر غالبا كالقتل و السرقه و الرضاع و الولاده و نحوها لم تقبل فيه الا الشهاده المستنده إلى الرؤيه عيانا و تقبل فيه شهاده الأصم، و ان كان من الأمور التى لا يدرك بحاسه البصر غالبا كالنسب و الملك المطلق و الموت و الوقف و نحوهما كفى فيه السماع المفيد للعلم من تواتر أو شياع أو استفاضه و يتحقق كل واحد من هذه الأسباب أو المسببات بتوالى اخبار جماعه لا يضمهم قيد التواطى و هى مندرجه فى مراتب العلم من العلم القطعى الى الاطمئنانى العادى إلى الظن المتاخم و قال شيخ الطائفه «قده» لو شهد عندك عدلان فصاعدا صرت متحملا و شاهد أصل لا شاهدا على شهادتهما لأن ثمره الاستفاضه الظن و هو حاصل من شهادتهما و هو يشبه القياس مع وضوح المنع فى المقيس و المقيس عليه فتدبره.

و ان كان المشهود به من الأقوال لزم السماع و العيان معا كصدور صيغه البيع من زيد أو القبول من عمرو أو وقوع صيغه الطلاق أو الوقف من شخص معين و هكذا أمثالها فلا بد فى هذا النوع من اشتراك حاستى السمع و البصر بان يرى زيدا قد أجرى صيغه البيع أو النكاح بنفسه أو من وكله فيراه بعينه و يسمع الصيغه منه باذنه نعم لو شهد على الملكيه أو كون الزوجه مطلقه أو الدار وقفا كفى السماع و الاستفاضه فتلخص ان المشهود به اما فعلا فالرؤيه بالبصر و اما نسبه و اضافه فالاستفاضه و نحوها بالسمع، و اما قولا فالسمع و البصر

و مما ذكرنا يظهر لک ما فی هذه الماده من القلق و الاضطراب.

ماده (١۶٨٩) إذا لم يقل الشاهد اشهد و قال انا أعرف الخصوص الفلانی هكذا أو أخبر بذا لا يكون قد أدى الشهاده

- إلی آخرها. يظهر من هذه الماده إن أرباب المجله يعتبرون فی قبول الشهاده التلفظ بهذه الماده أو بما يشتق منها مثل اشهدوا انا شاهد و شهادتی كذا و الاقتصار علی ذلک و عدم كفايه غيرها من الألفاظ التی تؤدی مؤداها و ان كان هو الموافق للاحتياط لورودها فی الكتاب و السنه بهذه الماده و مشتقاتها و لكن لزومها علی نحو البت و إلغاء قول الشاهد أنا اعلم ان هذه الدار ملک زيد أو ان هذا الولد ابن عمرو و عدم اعتداد الحاكم بها مشكل أما فقهاؤنا فلم أعثر علی تصريح منهم باعتبار تلک الصيغه الخاصه و ان تكثر التعبير بها فی كلماتهم، و الحق عدم الانحصار و ان كان هو الأحوط و الشهاده من الشهود و هو الحضور و حيث ان الحضور يستلزم العيان و الرؤيه و العيان يستلزم العلم فأطلق الملزوم و أريد به اللازم و هو العلم، و يطلق الشهاده أيضا بهذا الاعتبار أيضا علی الحس و منه عالم الغيب و الشهاده و لو فرضنا اعتبار هذه الصيغه الخاصه أعنی الشهاده و ما يشتق منها فالتفصيل بين الإفادات الواقعه لمجرد استكشاف الحال و غيرها لا وجه له لان تقويم أهل الخبره و الرجوع الی أرباب المهن و الحرف فی أعمالهم و أحوالهم لا وجه لقبوله الا من باب الشهاده فاما ان يعتبر اللفظ الخاص فی الجميع و اما ان يسقط اعتباره فی الجميع و تفصيل (المجله) لا وجه له.

ماده «۱۶۹۰» تکفی إشاره الشاهد عند الشهاده الی کل من المشهود له و المشهود علیه و المشهود به إذا کانوا حاضرین

- الی آخرها.

یراد بهـذه الماده بیان انه یعتبر فی الشـهاده عدم الإجمال و الإبهام فی شـی ء من المشـهود به و المشـهود علیه و المشـهود له فان کانت جمیعها أو بعضـها حاضـرا فی مجلس الشهاده کفت الإشاره إلیها و ان کانت فلا بد من تعیینها بما یرفع الإبهام و لا ضابطه لهذا بل یختلف باختلاف المقامات فقد یحتاج الی ذکر الأب و الجد و القبیله و قد یکفی ذکر اسم الشـخص وحده لمعروفیته و شهرته و کـذلک فی المشـهود به من حیث ذکر الحـدود کما فی العقار و المنازل و نحوها و کل ذلک منوط الی نظر الحاکم و استیضاحه من الشاهـد حتی یحصل له الیقین بموضوع الشـهاده التی یتوقف علیها الحکم الحاسم و کل ما بعـد هذه من مواد هذا الفصـل تبتنی علی هـذا الأصـل أعنی أصـل التعیین و وضوح موضوع الشـهاده عنـد الحاکم بجمیع شئونها نعم ماده (۱۶۹۵) إذا ادعی أحـد علی آخر طلبا فان شـهدت الشـهود بان المدعی علیه مدیون للمدعی بما ادعی به یکفی و لکن إذا سئل الخصم عن بقاء الدین الی وقت الادعاء و قالت الشهود لا ندری ترد شهادتهم.

فیهـا منع رد شـهادتهم بل تقبل شـهادتهم و یستصـحب بقاء الـدین فی ذمه المـدعی علیه الا أن یثبت سـقوطه من ذمته بالأداء أو الإبراء أو نحو ذلک.

الفصل الثالث فی (بیان شروط الشهاده الاساسیه)

اشاره

جعل هذه الماده اساسیه و التی قبلها المذکوره فی [الفصل الثانی] غیر اساسیه لا یبتنی علی وجه معقول بل الجمیع سواء فی الاعتبار فکما لا عبره بالشهاده التی تقع خارج مجلس المحاکمه المذکوره فی أول ذلک الفصل کذلک لا عبره بالشهاده فی حقوق الناس بدون سبق الدعوی المذکوره أول هذا الفصل.

ماده (۱۶۹۶) مضافا الی ما أشرنا إلیه قبلا من ان هذه شروط الحکم حقیقه لا شروط الشهاده فإن البینه حجه مطلقا

سواء قامت عند الحاکم أو غیره، فمن قامت عنده البینه ان هذه الدار ملک زید صح له شراؤها منه و لو لم یحکم الحاکم بذلک و کانت فی ید غیره و علیه فلیست هی شروط اساسیه نعم هی شروط اساسیه فی الحکم و المخاصمه لا مطلقا، کما ان من العبث المستدرک ما فی ماده «۱۶۹۷» فإن من الواضح الضروری ان البینه انما هی حجه فی ما هو مشکوک و مجهول الحال لا فیما هو معلوم ففی مواضع العلم لا حجیه لها أصلا سواء خالفت

العلم أو وافقته فضـلا عن سقوطها فيما خالف المشاهد المحسوس فما ذكرته المجله فى هذه الماده من عدم قبول البينه إذا قامت على موت من حياته مشاهده أو خراب دار عمارتها مشاهده- فى غايه السـخافه و كذا ماده (١۶٩٨) لا تقبل البينه التى قامت على خلاف التواتر ضـروره أن التواتر يفيـد العلم فلا تعارضه البينه بالضـروره و كل هـذا غنى عن البيان فيلزم حـذف هـذه المواد من المجله لأنها من الأصول الموضوعه فتدبرها.

ماده [١۶٩٩] إنما جعلت البينه مشروعه لإظهار الحق

بنـاء عليه لاـ تقبـل الشـهاده بالنفى الصـرف كقولك فلان ما فعل هـذا الأمر و الشـى ء الفلانى ليس لفلان و فلان ليس بمـديون لفلان الى آخرها.

هذه الماده متداعيه البناء من جميع أطرافها، ساقطه من كل نواحيها، فإن النفى الصـرف اى المحض هو الذى لا متعلق له أصـلا و هـذا ممـا لاـ يعقـل الشـهاده عليه كالوجود الصـرف اى الوجود المطلق (و ثانيا) فإن الأمثله المزبوره ليس شـى ء منها مثالا للنفى الصـرف بل كلها نفى مقيـد و سـلب خاص ضـروره انه نفى فعل خاص عن فاعل خاص، و معلوم ان العـدم و الوجود انما يخرج كـل واحـد منهمـا عن كونه محضـا أو صـرفا بتقيـده و إضـافته فـالوجود انما يخرج عن الإطلاق و المحوضه بإضافته الى زيـد و كـذلك العـدم، فمـا معنى جعل تلك الأمور و هى إعـدام خاصه أمثله للنفى الصـرف و العـدم المطلق؟ (و ثالثا) لا معنى لمقابله النفى الصرف بالتواتر بل المقابل للنفى الصرف هو النفى المضاف

أی المقید، و ای ربط للتواتر هنا، و هل هذا الا نظیر تقسیم الشی ء إلی الأعم منه و الأخص فتدبره.

و کـان حق التعبیر ان یقال ان النفی الخاص مثل ان فلانا غیر مـدیون لفلان و لم یسـقترض منه فی الوقت الفلانی لأنی کنت معه فی ذلک الوقت فإن أثبت ذلک بالبینه ای بشاهدین عدلین انه فی الوقت الفلانی لم یستقرض أو أثبته بالتواتر حکم الحاکم بأنه غیر مـدیون و الاـ فلاـ و من هنـا تعرف الاشـکال «رابعـا» و هو انه لا ینحصـر إثبات ذلک بالتواتر بل تکفی البینه أیضا فتقبل بینه العدلین کما تقبل بینه التواتر.

ماده (۱۷۰۰) یشترط ان لا یکون فی الشهاده دفع مغرم أو جر مغنم الی آخرها.

هـذه الماده أیضا مختله جـدا، بل ان هذا الباب اعنی باب قدح التهمه بالشـهاده لجر مغنم أو دفع مغرم یلزم سده تماما إذ لا موقع له أصـلا بعـد اعتبار العـداله فی الشاهـد و کون العداله هی تقوی اللّه عز شأنه التی تمنع صاحبها من ارتکاب الکبیره و أی کبیره أعظم من شـهاده الزور فـان کان الشاهـد عادلا لم یشـهد بالباطل و لو کان له الف مغنم أو دفع الف مغرم و الا فلا تقبل شـهادته لعدم عدالته لا لقضـیه التهمه نعم ذکر أصـحابنا اشتراط عدم التهمه فی الشاهد و لکنهم لم یتسـعوا فیه بهذه التوسعه التی ذکرتها «المجله».

و هذه أیضا من المسائل التی لم یحسن تحریرها لا فقهاؤنا و لا فقهاء

الجمهور فبقیت مقنعه بقناع الإبهام و التخلیط و منشأ الوهم عندنا انه ورد عده اخبار عن أهل البیت سلام اللّه علیهم ان المتهم و الظنین لا تقبل شهادته مثل خبر ابن سنان قلت لأبی عبد اللّه ای الصادق علیه السّلام ما یرد من الشهود قال الظنین و المتهم قلت فالفاسق و الخائن قال کل هذا یدخل فی الظنین، و بهذا البیان عده اخبار فجعلوا ارتفاع التهمه شرطا مستقلا غیر العداله مع ان المتدبر فی تلک الاخبار یجدها صریحه فی ان المتهم هو الفاسق أو أعم منه و خلاصه ما تستفاد منها ان الظنین ترد شهادته و المراد بالظنین هو الذی یظن به السوء اما لظهور فسقه و خیانته أو لأنه غیر محرز العداله و هو مجهول الحال و لا یظن الخیر فیه فلیس المقصود منه الا بیان شرطیه العداله لا شرط آخر فی قبالها فکان اللازم حسب متانه التحریر و حسن البیان ان یقال: ان العداله شرط قبول الشاهد فلا تقبل شهاده الفاسق و هو مرتکب الکبائر المعروفه و لا الخائن و لا مجهول الحال المتهم بجر مغنم أو دفع مغرم بشهادته، و هذا هو مفاد تلک الطائفه من الاخبار، اما عدم قبول شهاده الشریک لشریکه فإنها ان کانت فی المال المشترک العائد له و لشریکه فعدم قبولها لأنها من قبیل شهاده الإنسان لنفسه و هی باطله قطعا و التبعیض غیر صحیح أو غیر ممکن و ان کان فی مال آخر یختص بالشریک فهی مقبوله مع استجماع الشرائط من عداله و غیرها و یلحق به شهاده الوکیل لموکله لان الوکیل کالاصیل، و مثله الوصی علی مال لموصیه أو القیم علی مال للیتیم و انما ترد شهاده هؤلاء بناء علی انهم

فرع بمنزله الأصل و ان كان فيه للمناقشه مجال خصوصا فی الوصـی و القيم و منه أيضا شـهاده أحـد العاقله بجرح شـهود الجنايه فـإنه يـدفع عن نفسه ضـررا فهو من قبيـل شـهاده المرء لنفسه و شـهود بعض القافله على قاطع الطريق عليهم أو اللصوص الناهبين لأـموالهم إلاـ إذا كـان ممن لم يؤخـذ منه شـی ء فهؤلاء لا تقبل شـهادتهم و ان كانوا عـدولا لاتحاد الشاهـد و المشـهود له و لو بالضـميمه،،، أمـا النسب فغير قادح أصـلا فی الشـهاده بعـد إحراز العـداله و كـذلک السـبب فتقبل شـهاده الزوج لزوجته و عليها كـالعكس كما تقبل شـهاده الأرحام بعضـهم لبعض مطلقا حتى الأب على ولـده و له اما شـهاده الولـد على أبيه فقـد اختلف فيها أصـحابنا فطـائفه ذهبت الى القبول على العموم و اخرى إلى عـدمه لأخبـار خـاصه تـدل على ذلـک، ففی بعض الاخبـار لا تقبل شهاده الولد على والده و لعل أكثر أصـحابنا على هذا، و لكن ذلک الخبر معارض مضافا الى العمومات بأخبار أقوى منه سـندا و أكثر عددا، ففی خبر داود بن الحصـين انه سـمع الصادق سـلام اللّه عليه يقول: أقيموا الشهاده على الوالدين و الولد و لا تقيموها على الأخ فی الـدين بالضـر قلت و ما الضـر قال إذا تعـدی صاحب الحق خلاف ما أمر اللّه و رسوله و مثل ذلک ان يكون لرجل على آخر دين و هو معسـر و قد أمر اللّه بإنظاره حتى يتيسـر قال فنظره الى ميسـره و يسألک أن تقيم الشهاده و أنت تعرفه بالعسر فلا يحل لک ان تقيم الشـهاده، و مثله خبر ابن سويد أقم الشهاده و لو على نفسک أو الوالدين و الأقربين فإن خفت على أخيک ضيما فلا، و فوق

هـذا كله قوله تعالى كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ، و مناقشات صاحب الجواهر «ره» فى هـذه الوجوه ضـعيفه ليست بشـى ء، نعم ان كان شـى ء يتأبـد به خبر عدم القبول- فهو الوجه الاعتبارى و هو ان شـهاده الولد على أبيه توجب حزازه فى نفس الأب و قـد تنجر إلى النفره الموجبه لانحلال النظام العائلى و حـدوث الفتن و المفاسـد و كل ذلـك مما يعلم حرص الشارع الحكيم على عـدم وقوعه، و من المعلوم ان الشـهاده انما يجب أداؤها حيث لا يستلزم ضـررا على الشاهـد و حيث ان الغالب فى شـهاده الولـد على أبيه هو ترتب شـى ء من الإضـرار و المفاسد و لا سـيما مع حاجه الولد لأبيه فى الغالب فلعل الشارع منع تلك الشهاده درء لتلك المفاسد و يكون كتخصيص عقلى و شرعى لعموم الآيه و الروايات فتدبره جيدا و لا تتسـرع إلى المنـاقشه فيه قبـل تـدبره، و ممـا ذكرنا ظهر لك ان جميع الأنواع التى ذكرتها المجله فى هـذه الماده و حكمت بعـدم قبول شـهادتهم- هم مقبولو الشـهاده عندنا مع عدالتهم حتى شـهاده الصديق لصديقه مهما بلغت الصداقه بينهما لا كما فى ماده (۱۷۰۱) من عدم قبولها إذا وصـلت صداقتهما إلى مرتبه تصـرف أحدهما فى مال الآخر،،، نعم لا تقبل الشـهاده كما عرفت حيث تكون من قبيل شـهاده الإنسان لنفسه أو الفرع لأصله الموجب لاتحاد الشاهد و المشهود له حقيقه أو حكما و يكون شاهدا و مدعيا كما فى ماده «۱۷۰۳»

و ماده «١٧٠۴»،،، اما- ما ذكره فى هذه الماده من عدم صحه شهاده الحاكم المنفصل عن بلده على الحكم الصادر منه قبل العزل و اما إذا شهد بعد العزل على إقرار من أقر فى حضوره قبل العزل فتعتبر شهادته- فلعل وجهه ان الشهاده فى الصوره الأولى شهاده لنفسه أو إقرار منه و فى الصوره الثانيه شهاده على فعل الغير و إقراره فيقبل و أنت خبير بان اعتراف الحاكم بحكمه لا تنطبق عليه أوصاف الشهاده و شروطها و لا صفات الإقرار و انما هو اخبار صرف عن أمر وقع منه فلا خصومه حتى يكون شهاده و لا يلزمه بذلك حق حتى يكون إقرارا فتدبره.

بقى فى المقام شى ء و هو قضيه العداوه المذكوره فى ماده (١٧٠٢) يشترط ان لا يكون بين الشاهد و المشهود عليه عداوه دنيويه

و تعرف العداوه الدنيويه بالعرف،،، و ذكرها أيضا جماعه من أصحابنا فى جمله شروط الشاهد و ذكروا أن العداوه الدينيه لا تقدح فالمسلم تقبل شهادته على غيره و غيره لا تقبل شهادته لأن الإسلام شرط عام فى الشاهد. اما العداوه الدنيويه فذكروا فى ضابطتها- ان يعلم من حال أحدهما سروره بمساءه الآخر و مساءته بسروره أو يكون قد وقع بينهما تقاذف، و غير خفى أن سرور الرجل بمساءه الآخر و بالعكس دليل على البغضاء و الشحناء الكاشف عن الحقد و الحسد بينهما و هو من أكبر الكبائر و أعظم المحرمات التى تطاردها الشريعه الإسلاميه بكل حول و قوه فأين تكون العداله حينئذ؟ اما .. تقييد بعضهم بأنها حيث

لا تنافی العداله فهو افتراض محض لا حقیقه له فی التحصل و الخارج و علی کل فالرکن الأعظم و الشرط الأهم فی الشاهد هو العداله المذکوره فی ماده «۱۷۰۵» یشترط فی الشاهد ان یکون عادلا ـ الی آخرها و کان حق هذا الشرط تقدیمه علی سائر الشروط و لکن المهم فی المقام تعریف العداله فقد اختلف فی حقیقتها و التعریف عنها فقهاؤنا أشد الاختلاف و ألقوا فیها بالخصوص رسائل مستقله فبین قائل انها ملکه نفسانیه تمنع من ارتکاب الکبائر و الإصرار علی الصغائر، و هذا هو تعریفها المعروف و ینکشف ذلک بطول المعاشره و المزاوله معه فیستدل علیها بآثارها کما یستدل علی سائر الملکیات النفسانیه من الشجاعه و الکرم و أضدادها بآثارها، و لما کان الوقوف علی ذلک من أشق الأمور و أصعبها عدل عنه آخرون و عرفوها بحسن الظاهر یعنی ان لا تجده قد ارتکب المعصیه فی وقت ای یکون متسترا ظاهر الصلاح سواء کانت عنده تلک الملکه النفسانیه أم لا ـ اما (المجله) فقد جاءتنا بتعریف غریب لا یتحصل الا للباری جل شأنه و ملائکته المقربین و هو ان تکون حسناته غالبه علی سیئاته و لا یخفی ان هذا لا ینکشف تماما الا یوم القیامه یوم تنصب الموازین و تنشر الدواوین و یقوم الناس للحساب بین یدی رب العالمین،،، و الا فأی شخص یستطیع أن یحصی إعمال الآخر و یمیز بین حسناته و سیئاته و یزنها وزنا صحیحا فیعرف أنها متساویه أو إحداهما تزید علی الأخری، «هذا أولا» و «ثانیا» ان التفریع المذکور

فی المجله لا ـ ینطبق علی هـذا التعریف حیث قـالت: بنـاء علیه لا ـ تقبـل شـهاده من اعتـاد حالا ـ و حرکه تخـل بالناموس و المروه کالرقاص و المسـخره و لا تقبل شـهاده المعروفین بالکذب،،، و بهذه الأمثله قد خرجت القضـیه عن مسأله الحسنات و السیئات و صار الناس کلهم عـدولا الا افرادا معدوده و هم الرقاصون و المضـحکون و المعروفون بالکذب فأین الحسـنات و السـیئات إذا و ربما أرادوا بهذا جعل الضابطه حسن الظاهر فقصـرت عبارتهم أو عربیتهم عن ذلک، و یظهر الفرق فی مجهول الحال، فإنه عادل بمقتضـی التفریع و لیس بعادل علی حسن، الظاهر و هنا یجی ء حـدیث الواسـطه و هل هما ضـدان وجودیان أو نقیضان یتقابلان بالسـلب و الإیجاب و الأول أرجـح أو أصـح، و خلاصه التحقیق عندنا ان فقهاء الفریقین رضوان اللّه علیهم لو ترکوا الخوض فی هذه المواضـیع الی العرف فهو اعرف بها و أوصل إلیها من تعاریفهم الفنیه و صـناعاتهم العلمیه التی تبعد الطریق إلی معرفه هذه الموضوعات الا تری ان العرف فی کل بلد اعنی أهالی کل بلده یعرفون أهل الصـلاح فیهم و التقوی کما یعرفون الفسقه الفجره المتجاهرین بالمعاصـی نعم یبقی فی البین مجهولو الحال فیلزم الحاکم البحث عن حالهم بشـهود التزکیه و التعریف حتی یحصل له الاطمئنـان بـأنه رجل صادق اللهجه لا یتعمـد ارتکاب المعصـیه و لا یتهاون بحرمات اللّه عز شأنه و علی کل فان بعض الفقهاء فی باب العداله قد ضیقوا واسعا ففی کثیر من الأحادیث النبویه و اخبار

أئمتنا صلوات اللّه عليهم جميعا ما معناه أو لفظه تقريبا: من حدثكم فلم يكذبكم و وعدكم فلم يخلفكم و عاملكم فلم يظلمكم و ائتمنتموه فلم يخنكم فقد ظهرت مروته و حرمت غيبته و وجبت عدالته، و فى هذا القدر من البحث فى العداله كفايه نسأله تعالى ان يجعلنا و حكامنا من أهل العدل و العداله فإن عداله الحكام و الوكلاء أهم من عداله الشهود، و هى اليوم فيهم أو فى العموم على أوسع معانيها أعز من الإكسير، و لا يحصل القليل منها فى الكثير، و لا حول و لا قوه إلا باللّه

الفصل الرابع فى (موافقه الشهاده للدعوى)

ماده (۱۷۰۶) تقبل الشهاده ان وافقت الدعوى و الا فلا،، هذا مما لا ريب فيه، و لكن ربما يأتى المناقشه فى بعض الأمثله المذكوره هنا كالمثال الأخير فإن المديون إذا ادعى انه قد ادعى الدين و شهد الشهود أن الدائن قد أبرأه فقد اختلفت الشهاده عن الدعوى ضروره أن الأداء غير الإبراء (و بالجمله) اللازم مطابقه الشهاده للدعوى تماما نعم لا يضر اختلاف التعبير مع وحده المفاد و وضوح الحال كما

لو ادعى ان الدار لى و شـهد الشـهود انها ملكه أو ادعى ان هذه دابتى اغتصـبها فلان و شهد الشهود أنه أخذها منه قهرا و هكذا، امـا لو اختلف الموضوع فى الشـهاده و الـدعوى و لو بـالعموم و الخصوص و القله و الكثيره ففى قبولها مجال للتأمل، و منه يظهر وجه الإشكال فى ماده (۱۷۰۷) فإن الاختلاف بالسنه و السنتين و الالف و الخمسمائه ليس اختلافا فى التعبير فقط بل اختلاف فى الموضوع فتدبره.

و لعل هـذا الاختلاف لا يقـدح فى بعض ظروف الدعوى و تشـخيص ذلك منوط بنظر الحاكم الذكى و على هذا الأساس يبتنى ما فى ماده [۱۷۰۸] من كون الدعوى أقل مما شـهدت به الشهود فان تشخيص المقبول من المردود و إمكان التوفيق و عدمه كله منوط الى لباقه الحاكم و لوذعيته أو تخلص المدعى أو وكيله من ورطه الاختلاف و مثله الكلام فى اختلاف الشـهاده و الدعوى بالإطلاق و التقييـد المذكور فى ماده «۱۷۰۹» من دعوى المدعى الملك المطلق و شـهاده الشـهود الملك المقيد و لا يجب على الحـاكم السؤال عن السـبب و لو سأل فاختلف و قال ملكته بسـبب آخر غير ما ذكرته الشـهود أمكن الصـحه فى مقام كما يمكن الرد فى آخر و هو أيضا موكول الى بعـد نظر الحاكم و دقته و لـذا كان القضاء من أصـعب الأشـياء (و القاضـى على شـفا) و مما ذكرنا يظهر أيضا وضوح المناقشه فى ماده (۱۷۱۰) التى خلاصتها ان المدعى إذا ادعى الملك المقيد و شهدت الشهود بالمطلق تقبل شهادتهم، و لكن لو صرح البائع بقوله اشتريته من فلان و شهد

الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم، فإن الأصح القبول و ما ذكروه من التعليل لعدم القبول عليل إلى الغايه ضروره أن مصب الدعوى تختلف فتاره يكون الموضوع ملك البستان و عدمه من غير نظر الى قضيه المنافع و الزوائد أصلا، فهذا لا يضر فيه قضيه تقدم التاريخ و عدمه أو الإطلاق و التقييد من هذه الجهه نعم لو كان مصب الدعوى هو النماء اى نماء السنه السابقه أو السنتين فالمشترى يدعى تقدم البيع ليكون نماء تلك السنه له و البائع يدعى تأخره كى يكون له و هنا لو اختلفت الشهاده عن الدعوى بالإطلاق و التقييد لم تقبل و لم تنفع فتدبره جيدا، نعم ما فى ماده «١٧١١» من الاختلاف فى السبب قادح قطعا لاختلاف الموضوع بين الشهاده و الدعوى بالتباين.

الفصل الخامس فى (بيان اختلاف الشهود)

كما يلزم اتفاق الشهاده و مطابقتها للدعوى كذلك يلزم اتفاق شهاده الشهود فى أنفسهم بالنسبه إلى شهادتهم فلو اختلفوا فشهد أحدهم بألف من الذهب و الآخر بألف من الفضه لم تقبل كما فى ماده

(۱۷۱۳) أو اختلفا فی نوع المشـهود به أو مقـداره أو وصف من أوصافه المحسوسه کاللون لم تقبل أیضا کما فی ماده «۱۷۱۴» و ماده «۱۷۱۵» المتضمنتین اختلافهما فی اللون أو المقدار، أما- ماده «۱۷۱۳» المطوله فلیس لها حقیقه محصله، فان الفعل و القول سواء فی إمکان أن یکررا، و کما لا معنی لتکریر الفعل کأداء الدین الواحد و الغصب و نحوه فکذلک لا معنی لتکریر بیع الشـیء الواحـد مره فی الـدار و اخری فی الحانوت، فالأصـح ان کل هـذه الاختلافات سواء فی الفعل أو القول قادحه فی الشـهاده و لا یتم النصاب بالشاهدین المختلفین فی خصوصـیات الشـهاده إلا ما یعود الی اختلاف التعبیر أو الإطلاق و التقیید کما لو شـهد انه باع و شـهد الآخر انه باع فی الحانوت اما الخصوصیات المتباینه فلا تقبل معها الشهاده مطلقا الا إذا حصل للحاکم الیقین بالوحده من بعض قرائن الأحوال التی لا تنضبط بضابطه و لیس لها قاعده عامه.

الفصل السادس فی (تزکیه الشهود)

ماده «۱۷۱۶» إذا شهدت الشهود و سأل الحاکم المشهود علیه بقوله ما تقول فی شهاده هذین أ هما صادقان أم لا

- الی آخرها.

تحریر هذا البحث کما یحق له و یستوفی عامه نواحیه. ان البینه إذا شهدت عند الحاکم فاما ان یکون عالما بعد التهما أو عالما بفسقهما أو مجهولی الحال عنده فان کان عالما عمل بمقتضی علمه قبولا أو ردا و لا حاجه الی السؤال و المراجعه لأنه مکلف بالعمل بعلمه نعم لو کان مستند علمه الاستصحاب فللمدعی أو المدعی علیه ان یراجع الحاکم فی إثبات تبدل الحال السابق من فسق إلی عداله أو من عداله إلی فسق فیطلب الحاکم البینه علی ذلک و ان کان جاهلا- بحالهما سأل من المدعی علیه فان اعترف بصدقهما فهو إقرار بتعبیر آخر و ان اعترف بعدالتهما فقط فهو أیضا کالا-عتراف اما لو اعترف بعدالتهما و ادعی انهما أخطئا أو نسیا فإن أثبت ذلک أبطلها الحاکم و الا أمضاها، و ان قال هما شاهدا زور طلب من المدعی تزکیتهما فان زکاهما کان علی

الحاکم ان یعرف المدعی علیه ان له حق الجرح فان جاء بینه علی الجرح تقدمت علی بینه التعدیل علی المشهور لان الجارح یقول اعلم و المعدل یقول لا اعلم و أنت خبیر بان هذا غیر مطرد فان المعدل قد یشهد أیضا بالإیجاب و نفی ما یقوله الجارح فلو قال الجارح رأیته یشرب الخمره بالأمس فی المحل الفلانی و المعدل یقول انه فی هذا الوقت کان عندی و فی بیتی، و الحاصل لا طائل فی هذا البحث أصلا فإنه یختلف باختلاف الخصوصیات الزمانیه و المکانیه و الأشخاص و غیر ذلک فإرجاعه إلی نظر الحاکم ان کان من أهل النظر أصح و أصلح،،، اما طریقه التزکیه فهی کما فی ماده «۱۷۱۷».

تزکی الشهود من الجانب الذی ینسبون إلیه یعنی ان کانوا من طلبه العلوم یزکون من مدرس المدرسه و من معتمد أهالیها إلی آخرها لعل الأصل فی هذا ما روی فی بعض الاخبار من ان النبی صلی اللّٰه علیه و آله کان إذا شهد عنده شاهد یرسل شخصین لا یعلم أحدهما بالآخر یسألان قبیلتهما عن حالهما فان جاءا بمدح و ثناء حکم و ان جاءا بشین ستر علیهما و دعا الخصمین الی الصلح و ان لم یکن لهما قبیله سأل الخصم عن الشاهدین فان زکاهما حکم و إلا طرحهما،، و من المعلوم ان سؤال القبیله و مدرس المدرسه و معتبری التجار و نحو ذلک انما هو من جهه انه هو الطریق المتعارف و لأنهم هم المطلعون علی حاله فی الغالب لا ان طریق التزکیه منحصر فیه کیف و قد یتفق بل کثیرا ما یتفق ان یکون للشاهد أصدقاء مختصون به لازموه فی

سفر أو حضـر فاطلعوا على دخيله أمره، و خفى سره، بما لم يطلع عليه مدرسه و لا قبيلته، و بالجمله فهذا أمر موكول الى المدعى و هو الملزوم بإثبات تزكيته بأى نحو كان، و اللازم عندنا تزكيته مطلقا سواء كانت فى السـر أو العلن نعم تزكيه السر اولى صيانه عن هتك الـذمه و أوقع فى براءه المزكى من المراعاه لحاله الخجل و الحياء فاللازم الاكتفاء اما تطلبهما معا فهو لمزيـد الاحتياط و التوثق و لو كـانت لازمه فهى موكوله إلى نظر الحاكم فله أو عليه ان يتحرى أحـد الطرق الموصـله إلى حصول الثقه بهما سواء كان بالنحو المـذكور فى ماده «۱۷۱۸» من الورقه المسـتوره أو غيرهـا و كلما ذكر فى هـذه الماده و ما بعـدها ليس فيه أمر محتم لازم و لا شـى ء منصوص عليه و انما هى أمور غالبه و طرق متعارفه فقـد يرى الحاكم أو المـدعى فى إثبات التزكيه أو المـدعى عليه فى إثبـات الجرح طريقـا غير هـذه الأوضاع المحرره فى هـذه المواد فلا داعى لإطاله البحث فيها، نعم ما فى ماده «۱۷۲۴» لا يشتغل الحاكم بتزكيه الشهود الثابته عدالتهم فى ضمن خصوص عنده الى آخرها.

و محصـلها ان الحاكم إذا ثبت عنـده عـداله شاهـدين ثم شـهدا عنده بأمر مخصوص غير ذلك المورد فلا حاجه الى تزكيه ثانيه إلى سـته أشـهر و يحتـاج إليهـا بعـد المـده المزبـوره، و لكنـك خـبير بـأنه لاـ حـاجه الى الـتزكيه الجديـده عنـده مطلقـا لمكـان الاستصحاب نعم للمدعى عليه حق الجرح و إثبات عروض الفسق إذا ادعاه و هذا أمر آخر غير

قضیه التزکیه، نعم لو رفعت خصومه إلی حاکم آخر و شهد أحدهم عنده و هو لا یعرفه احتاج الی تعدیله، و کل هذا واضح کوضوح ماده (۱۷۲۴) إذا طعن المشهود علیه قبل التزکیه أو بعدها الی آخرها.

ماده «۱۷۲۵» إذا عدل بعض المزکین الشهود و جرحهم بعض لم یحکم الحاکم بشهاده أولئک الشهود لانه یرجح طرف الجرح.

مرت الإشاره الی ان المشهور ان الجرح مقدم علی التعدیل لأن التزکیه ترجع الی انی لا ادری و الجرح یرجع الی أنه یدری و من یعلم حجه علی من لا یعلم و قد عرفت المناقشه فیه و انه علی إطلاقه غیر مسلم.

ماده «۱۷۲۶» إذا مات الشهود أو غابوا بعد أداء الشهاده فی المعاملات فللحاکم ان یزکیهم و یحکم بشهادتهم.

لعل وجهه استصحاب وجوب العمل بشهادتهما و هو فی صوره موتهما لا یخلو من نظر و الإطلاقات منصرفه عن الأموات، و لکن أصحابنا أرسلوا هذا الحکم إرسال المسلمات ففی (الشرائع) ما نصه:

لو شهدا و لم یحکم بهما فماتا حکم بهما و کذا لو شهدا ثم زکیا بعد الموت و کذا قال رحمه اللّه فیما لو شهدا عادلین ثم فسقا قبل الحکم فإن العبره بعد التهما حال الشهاده لا حال الحکم.

تذنیب فی (تحلیف الشهود)

ماده «۱۷۲۷» إذا ألح المشهود علیه علی الحاکم بتحلیف الشهود بأنهم لم یکونوا کاذبین و کان هناک لزوم لتقویه الشهاده بالیمین فللحاکم ان یحلف الشهود و له ان یقول لهم ان حلفتم قبلت شهادتکم و الا فلا.

هذا الحکم استحسانی جزافی و الشاهد لا یمین علیه أصلا فإنه اما ان یکون عادلا فعدالته کافیه فی حصانته و مناعته عن تطرق الکذب، و اما ان یکون فاسقا و الفاسق کما لا یتحرج عن الکذب لا یتحرج عن الیمین الکاذبه و اما ان یکون مجهول الحال فهو غیر مقبول الشهاده أصلا، فأین موضع فائده الیمین؟ فلیتدبر.

الفصل السابع فی (رجوع الشهود عن الشهاده)

تحریر هـذا البحث ان الرجوع عن الشـهاده اما قبل الحکم أو بعـده قبل الاجراء أو بعـده و بعـد الاجراء و التنفیـذ، ثم الحکم فی صوره الرجوع اما ان یکون متعلقـا بمـال أو نکـاح أو طلاـق أو حـد أو دیه أو قصـاص فی نفس أو طرف، فان کان الرجوع قبل الحکم سـقطت الشهاده و لا سبیل للحکم لأن الشهاده قتلت نفسها و لا یدری أ صدقوا فی الأولی أو الثانیه، و هو المصرح به فی ماده (۱۷۲۸) إلی قوله و یعزرون و التعزیر هنا غیر معلوم الوجوب نعم لو کان فیها قـذف کشـهود الجرح أقیم علیهم الحـد، و ان کـان الرجوع بعـد الحکم قبـل الاجراء، و کان المتعلق مالا أو نکاحا و طلاقا نفـذ الحکم و غرما المال و ان کان قصاصا أو حـدا سقط لان الحـدود تدرأ بالشـبهات و الرجوع یوجب الشـبهه قطعا، و یعزر الشاهد أو یحد طبعا، و الی بعض هذه النواحی أشارت (المجله) ماده «۱۷۲۹» و التی أحالت علیها و هی ماده (۸۰) فقد أشارت الی

عـدم نقض الحكم و هذا انما هو فى المال فقط إجماعا و فى الطلاق و النكاح على الأشـهر، اما فى الحدود و القصاص فلا نفوذ إجماعا أيضا اما لو كان الرجوع بعد الحكم و الاجراء فإن كان المحكوم به مالا فالغرامه بلا اشكال عينا أو دينا، و ان كان نكاحا أو طلاقا نفـذ فلو شـهدا ان زيدا طلق زوجته و حكم الحاكم و تزوجت نفذ فان كان بعد دخول الأول بها فلا غرامه لأن المهر قد استقر بالـدخول و ان كـان قبـل الـدخول غرم للأـول نصف المهر الـذى دفعه للزوجه، و قيل بل يبطل الثانى و تعود إلى الأول و يغرم الشاهدان برجوعهما ما دفعه الثانى من مهر و غيره و هو قوى، و ان كان قصاصا أو حدا و رجعا بعد استيفائه فإن قالا تعمدنا اقتص منهمـا ان رجعا معا و يرد الفاضل كما لو اشتركا فى قتله و ان كان الراجع واحـدا اقتص منه و يرد الفاضل إلى أوليائه و ان قالاـ أخطأنـا يؤخـذ منهمـا الـديه و من أحـدهما النصف و لو كـانوا ثلاثه فمن كل واحـد الثلث و هكـذا لو شـهدوا بالزنا و رجم المحكوم ثم رجعوا فـان كـان عمـدا تخير بين قتلهم و رد فاضل الـديه و ان كانوا فالـديه و ان اختلفوا فى الإقرار بالعمـد و الخطأ جرى على كـل حكمه،،، و ممـا ذكرنـا يظهر لك ان الأصـح فيما لو زاد الشـهود على النصاب اشتراكهم فى الغرامه لو رجعوا أو رجع أحـدهم خلافا لماده (۱۷۳۰) إذا رجع بعض الشـهود على الوجه المـذكور أيضا فإن كان باقيهم بالغين نصاب الشـهاده إلى آخرها،،، فان الحكم فعلا قد استند إليهم اجمع و ان كان الحق يثبت بما دونهم.

الفصل الثامن فی (التواتر)

ماده «۱۷۳۲» لا اعتبار لکثره الشهود یعنی لا یلزم ترجیح شهود الطرفین لکثرتهم بالنسبه إلی شهود الطرف الآخر الا ان تکون کثرتهم بلغت درجه التواتر،، التواتر الذی هو عباره عن اخبار جماعه یمتنع تواطؤهم علی الکذب عاده مفید للعلم بالضروره و بعد العلم لا موضع للشهاده مهما کثر الشهود کما فی ماده (۱۷۳۳) إذ الظن لا یزاحم العلم بل لا یعقل حصول الظن بما یخالف العلم بل الظن الشخصی لا یعقل مزاحمته لظن آخر بخلافه نعم الظنیان یتعارضان کما فی تعرض البینتین و نحوه و قد یکون من بعض المرجحات الترجیح بالکثره کما لعله یأتی قریبا إن شاء اللّه. و باقی مواد هذا الفصل اتضحت مما ذکرنا.

الباب الثانی فی (الحجج الخطیه و القرینه القاطعه

اشاره

و فیه فصلان)

الفصل الأول فی (الحجه الخطیه)

ملاـک هـذا الفصـل حصول العلم و الیقین فـان حصـل القطع من الخـط أو من دفاتر الحکومه لزم العمل بها و الا فلا. و منه یعلم حکم-

الفصل الثانی (القرینه القاطعه)

فان القرینه إذا أفادت العلم و الیقین فهو الحجه و الا فلا اثر لها و خروج شـخص من الـدار مـدهوشا و بیده سـکین ملوثه بالدم و وجد

فی الـدار شـخص مذبوح فی الوقت کل ذلک لا یفید الیقین بأنه القاتل و انما هو الظن و العلم البدوی لا المسـتقر و الا فکثیرا ما تـأتی الصـدف بـالغرائب و العجـائب و علی کل حال فما ذکره من المثال لا یجوز فیه المبادره إلی الحکم بکونه قاتلا کما یظهر من «المجله» و لا إهماله و إرساله فیطل دم المسلم بل یلزم توقیفه مع مزید التحری و التحقیق حتی تنجلی الحقیقه و لیس هذا من العبره بالوهم کما فی ماده «۷۴» بل الأخذ بالورع و الاحتیاط فی قضیه الدماء فلیتدبر.

الباب الثالث فی (بیان التحلیف)

ماده «۱۷۴۳» أحد أسباب الحکم الیمین أو النکول عنه الی آخرها.

سند هذا النبوی المشـهور إنما أقضـی بینکم بالبینات و الایمان و أحادیث أخری قریبه منه مما یدل علی ان فصل الخصومات اما بالبینه من المدعی أو الیمین من المنکر اما قول المجله هنا: و لکن إذا ادعی أحد علی آخر بقوله أنت وکیل فلان و أنکر الوکاله فلا یلزم تحلیفه

فلا ربط له بالمقام ضروره ان أصل الدعوى هنا غير مسموعه لأنها لا تلزم حقا للمدعى على المدعى عليه و قد سبق ان هذا أهم الشروط فى سماع الدعوى و من هنا يتضح عدم صحه ما ذكروه فى المثال الثانى و هو ما إذا ادعى شخصان مالا فى يد آخر بان كلا منهما قد اشتراه و أقر المدعى عليه بأنه باعه لأحدهما و أنكر دعوى الآخر فلا يتوجه عليه اليمين، فان عدم توجه اليمين هنا ممنوع و ليست هى إلا كدعوى شخص على آخر انه قد اشترى ماله الذى بيده و أنكره صاحب اليد و ليس للمدعى بينه أ فلا يلزمه اليمين؟ و هكذا لو ادعى اثنان و اعترف لواحد و أنكر الآخر فان لمن أنكره ان يطالبه ضروره أنه يدعيه بحق لازم و هو تملك العين المخصوصه فاللازم ان يدفعه بحجه شرعيه و ليس الا اليمين و كذا الاستيجار و الارتهان و أمثالها.

ماده «۱۷۴۳» إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باللّه تعالى بقوله و اللّه و باللّه مره واحده،

لعل من المتفق عليه فى جميع مذاهب المسلمين ان اليمين بغير اللّه عز شأنه لا اثر له فلا تنحسم به خصومه و لا تجب فيه كفاره بل هو فوق ذلك محرم ذاتا عند جمع من الفقهاء و هو ظاهر جمله من الاخبار التى تنهى عن الحلف بغير اللّه بل المنع من الحلف بغيره [اما ان تحلف باللّه و الا فدع] كما لا إشكال فى كفايه المره الواحده نعم قد يترجح فى نظر الحاكم فى بعض الخصومات تغليظ اليمين زمانا أو مكانا أو ألفاظا بصيغه مخصوصه فيها تهويل على المنكر

عساه یعترف بالحق تفادیا من تلک الیمین کما ان له تحلیف الیهود و النصاری بتوراتهم و انجیلهم و مقدساتهم و کنائسهم و نحو ذلک.

ماده «۱۷۴۵» تجری النیابه فی التحلیف و لکن لا تجری فی الیمین.

تقدم فی باب الوکاله ان الیمین و النذر و العهد من الأمور التی لا- یتحقق فیه الوکاله فلا- یصح ان یوکل وکیلا فی استماع الدعوی عنه أو الحکم عوضا منه نعم له ان یوکل فی التحلیف وکیلا- عنه فیحلف المنکر بحضوره و یبلغ الحاکم بذلک حتی یحکم إذا تمت بقیه الموازین و لکن لیس للحاکم ان یحلف الا بطلب المدعی تحلیف خصمه لانه حق له نعم له التحلیف بغیر طلب فی موارد ذکرت (المجله) أنها أربعه.

ماده «۱۷۴۶» الأول. الیمین المعروفه بیمین الاستظهار

و هی الدعوی علی المیت بدین إذا أثبته المدعی بشهود و یلزم الحاکم تحلیف المدعی الذی أقام البینه انه لم یستوف ذلک الحق بنفسه أو بوکیله من المیت و لا- أبرأه و لا- احاله و لا- رهن علیه (الثانی) إذا ظهر لمال مستحق و اثبت دعواه حلفه الحاکم علی انه لم یبع هذا المال و لم یهبه لأحد (الثالث) إذا أراد المشتری رد المبیع لعیبه حلفه الحاکم انه لم یرض بالعیب قولا أو دلاله بتصرف کتصرف الملاک (الرابع) تحلیف الحاکم الشفیع عند الحکم بالشفعه بأنه لم یسقط حق شفعته بوجه من الوجوه، هذا ما ذکرته (المجله) من الموارد التی

یصح أو یلزم علی الحاکم التحلیف من دون طلب أحد و لکن لا صحه لشی ء منها عند الإمامیه و لا یلزم الیمین فی شی ء من هذه الموارد الا الیمین الاستظهاریه فی الدعوی علی المیت بدین أو عین للنص الخاص و ربما یتسری الحکم بتنقیح المناط أو منصوص العله الی کل من هو کالمیت کالدعوی علی الطفل أو المجنون أو الغائب غیبه منقطعه علی تأمل فی الشمول أیضا و هل یسری وجوب ضم الیمین الی المدعی علی المیت إذا کان هو أحد الورثه و الی المدعی إذا کان وصیا أو قیما علی الصغیر و هل تجب حتی مع العلم بعدم الوفاء و الإبراء أو حتی مع شهاده البینه ببقاء الدین الی موته و هل تجب یمین ثانیه فی مورد ثبوت الحق بالشاهد و الیمین و هل تقبل الإسقاط أم لا و هل تجب مع إقرار المیت و هل تجب مع دعوی الوصیه العهدیه أو التملیکیه بعد إقامه البینه أم لا،،، کل هذه مسائل معضله و مباحث مشکله لم تتعرض المجله لشی ء منها مع اهمیتها، اما المواضع الثلاثه المذکوره فی هذه الماده فلا نص و لا قاعده تقتضی لزوم الیمین فیها و لا سیما فی الموضع الثانی الذی أثبت المدعی دعواه فما وجه لزوم الیمین علیه بعد الإثبات؟

و انما الیمین حسب القاعده العامه علی المنکر لا علی المدعی الا ما خرج بالنص و مثله الموضعان فان الرد بالعیب حق للمشتری و إذا ادعی البائع رضاه بالعیب فعلیه الإثبات و ان عجز کان له طلب الیمین لا- للحاکم علی حد سائر الخصومات و کذلک الشفیع له حق الشفعه فإذا ادعی المشتری انه أسقط حقه لم یقبل منه الا بإثبات ذلک فإذا تکونت بینهما

خصومه كان حالها حال سائر الخصومات و لا شی ء هنا مخالف للقواعد العامه كما فی يمين الاستظهار فتدبرها جيدا.

ماده «۱۷۴۷» إذا حلف المدعی عليه بطلب الخصم قبل ان يكلفه الحاكم فلا تعتبر يمينه،،،

حق اليمين كما عرفت للمدعی و لكن بشرط ان يطلب من الحاكم تحليف المدعی عليه فلو حلفه مباشره لم تكن اليمين حاسمه للدعوی الا ان يجری بينهما عقد صلح علی ان يسقط المدعی دعواه بيمين المدعی عليه فتسقط الدعوی و تكون اليمين حاسمه قهرا،،، ثم ان من احكام اليمين انها لا- تجوز الا علی المعلوم المتيقن فان كان المحلوف عليه من فعله أو تركه امكنه اليمين لانه معلوم له لو كان من فعل غيره فان كان معلوما له جاز الحلف عليه أيضا و إذا لم يكن معلوما فلا يسوغ الحلف الا علی عدم العلم بذلك الفعل لا علی عدمه واقعا، و مما ذكرنا يظهر لك القصور فی ماده «۱۷۴۸» إذا حلف أحد علی فعله الی آخرها.

ماده «۱۷۴۹» اليمين اما بالسبب أو بالحاصل،،،

هذا الاصطلاح و التقسيم لا اثر له و لا فائده فيه نعم اليمين تاره تتعلق بالسبب مثل الحلف علی وقوع عقد البيع أو الهبه و اخری تتعلق بالنتيجه كالحلف علی ان هذه الدار ملك زيد و لا شك ان هذه أقوی فلو تعارضتا كان نظير تعارض بينه السبب مع بينه النتيجه حيث تقدم الثانيه علی الاولی قطعا كما يأتی فی محله إن شاء اللّه.

ماده «۱۷۵۰» إذا اجتمعت دعاوی مختلفه یکفی فیها یمین واحده و لا یلزم التحلیف لکل واحده علی حده،،،

عرفت ان الیمین حق المدعی فإذا تعددت دعاویه أو تعدد المدعون.

علی شخص واحد فإن رضی أو رضوا جمیعهم بیمین واحده فهو و الا فلکل واحد ان یلزمه بیمین مستقله کم له إلزامه عن کل دعوی بیمین

ماده «۱۷۵۲» إذا کلف الحاکم من توجه الیه الیمین– و نکل عنها صراحه إلی آخرها،،،

النکول یحصل بقوله لا احلف فیقال له:

رد الیمین علی المدعی فان قال لا أرد أو سکت بلا عذر صارنا کلا و صح الحکم علیه.

لاحقه

ماده «۱۷۵۳» إذا قال المدعی لیس لی شاهد ثم أراد ان یأتی بشهود أو قال لیس شاهد سوی فلان و فلان ثم قال لی شهود أخر لا یقبل قوله.

انما لا یقبل إذا لم یبد وجها معقولا و عذرا مقبولا اما لو أبدی ذلک فاللازم القبول و هو واضح.

الباب الرابع فی (بیان ترجیح البینات و التحالف

اشاره

و یشتمل علی أربعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان التنازع بالأیدی)

ماده «۱۷۵۴» یلزم إثبات وضع الید بالبینه فی العقار المتنازع فیه و لا- یحکم بتصادق الطرفین،،،، اعلم ان هذه المباحث اعنی مباحث اختلاف الأیدی و تعارض البینات من أهم و أعضل مباحث القضاء، و مواد «المجله» فیها مع أنها ناقصه بتراء غیر مستوفیه مشوشه غیر منقحه و لا موضحه، و تحریر

هذه المشكلات بأسلوب جلى و مستوعب يستدعى «أولا» تمهيد مقدمه و هى ان اليد التى هى اماره على الملكيه شرعا و عرفا- عباره عن السلطنه و الاستيلاء على العين الخارجيه و تعرف هذه السلطنه و الاستيلاء بآثارها و هى تختلف أشد الاختلاف باختلاف الأعيان و الأجناس و الزمان و المكان و الأوضاع فاليد على الدراهم اى السلطنه و الاستيلاء يحصل بوضعها فى جيبه أو كيسه أو صندوقه أو محفظته و أمثالها و اليد على الدابه يحصل بركوبه عليها و وضعها فى اصطبله و ندوده، و اليد على الدار بسكناه فيها و إيجارها و عمارتها، و اليد على العقار بزرعه و استغلال عائده و هكذا كل شى ء بحسبه فان علم ذلك حكمنا بملكيه صاحب اليد و صح لنا ان نشترى منه و لا يجوز لنا التصرف إلا باذنه و ان لم يعلم انه هو صاحب اليد كالدابه فى الطريق أو الثوب الملقى فان ادعاه شخص و لم يعارضه آخر فهو محكوم بأنه له لقاعده المدعى بلا معارض المستفاده من جمله من الاخبار و ان عارضه معارض فسيأتى حكمه فى المقاصد، إذا تمهدت هذه المقدمه و عرفت معنى حقيقه اليد الداله على الملكيه- فاعلم انه لو تنازع اثنان أو أكثر فى عين يدعى كل واحد منهم انها له فلا يخلو من اربع صور «الاولى» ان تكون فى يدهما معا اى ان كل واحد منهما له الاستيلاء و هى تحت سلطتهما و تصرفهما معا كدار يسكنانها معا أو دابه فى اصطبلهما و هكذا و النزاع فى هذه الصوره يتصور على نوعين «الأول» ان يدعى أحدهما الاختصاص بها اجمع و الثانى ان يتعرف له بنصف منها و ان له

النصف الثانی فقط، و هذا من أوضح موارد المدعی و المنکر فان اتی مدعی الکل ببینه حکم له بالکل و لا فیحلف الثانی و تکون العین بینهما علی المناصفه (الثانی) ان یدعی کل منهما الاختصاص بها اجمع و هذا القسم من المشکلات فقد یجعل من باب التداعی فاما ان تقوم البینه لأحدهما فیحکم له بالکل أو لا بینه لکل منهما فیتحالفان و تکون العین لهما بالمناصفه أو تکون لکل واحد منهما بینه فیتعارضان، ثم اما ان یتحالفا و تبقی العین لهما أیضا مناصفه أو تنصف بلا تحالف و الأول أصح و أحوط، و قد یجعل من باب المدعی و المنکر فإن أقام مدعی الکل البینه حکم له بالعین اجمع و الا حلف المعترف علی ان النصف له و حکم له به و هذا هو الأقوی، و الضابط الفارق بین باب التداعی و باب المدعی و المنکر أن المتنازع علیه ان کان فی ید أحدهما فهو المنکر و الآخر مدع و ان لم یکن فی ید أحدهما أو لا ید علیه فهو باب التداعی و التحالف و تظهر الثمره فی عدم لزوم حلف مدعی الکل و تقدیم بینته مع التعارض علی القول بتقدیم بینه الخارج (الصوره الثانیه) ان تکون فی ید أحدهما فقط و الآخر یدعی الکل أو النصف و هذا أیضا باب المدعی و المنکر و حکمه واضح (الثالثه) ان لا یکون لأحدهما ید علیها بل هی فی ید ثالث و لا- یخلو اما ان یقر بان العین لهما أو مختصه بأحدهما المعین أو غیر المعین أو یقربها لشخص ثالث أو یقول لا ادری، و فی الاولی ان کان کل منهما یدعی الاختصاص و کانت لأحدهما بینه حکم له بالکل و ان لم یکن بینه أو کانت

لكـل منهمـا فهو من بـاب التـداعى اما على الكل أو على النصف ان كان أحـدهما يـدعيه فقط و حينئـذ فللمـدعى الكل تحليف صاحب اليد ثم يتحالفان و تكون العين لهما معا بالمناصفه كما لو كانت فى يدهما معا.

(و فى الثانيه) يصـير المقر له هو صاحب اليـد و تجرى بينه و بين الآخر أحكام المـدعى و المنكر و مع عدم البينه له تحليفهما معا كما لو أقربها لشـخص ثالث فيصـير هو صاحب اليـد و هما مدعيان عليه،،، اما لو أقر لواحد منهما غير معين أو قال لا ادرى فلهما تحليفه على عـدم العلم فان بينه منفرده حكم منفرده و الا تحالفا و تكون لهما بالمناصـفه و هذا هو المورد الذى لا تثبت اليد فيه الا بالبينه اعنى المورد الـذى لا تعلم اليـد فيه لأحـدهما و لا يعترف بها صاحب اليـد لواحد منهما أو لكليهما فيحتاج الحكم باليد إلى البينه أو اعتراف الخصم له بـذلك من غير فرق بين العقـار و غيره بل هو مطرد فى جميع الخصومات على جميع الأعيان و لا يظهر وجه معقول للفرق بين تصـادق الخصـمين فلاـ يقبـل و لاـ يصـير الآخر صاحب اليـد باعتراف خصـمه له و بين ما لو قال له اشتريته منك أو غصـبته منى ضـروره عدم الفرق بين الاعتراف بأنه صاحب اليد رأسا أو باللازم كما فى المثالين فتدبره (الصوره الرابعه) ان لاـ تكون لأحـدهما يـد عليهـا و لاـ لغيرهمـا كالشاه فى الفلاه و الشـرب فى الطريق و هـذا أيضا من أوضـح أمثله باب التداعى فالبينه إن اختصت بأحدهما فهى له و الا فالتحالف و التنصيف، و مما ذكرنا ظهر تمام ما فى ماده (۱۷۵۵)- مع القصور

عدم استیفاء جمیع الصور فتدبرها.

الفصل الثانی فی (ترجیح البینات)

اشاره

هـذا هو المبحث الثانی من مهمات مباحث القضاء و تجری فیه الصور الأربع المتقـدمه فی المبحث السابق و من المعلوم اختلاف اللحاظین فی المبحثین فان الملحوظ هناک إثبات صاحب الید بالبینه و الملحوظ هنا إثبات الملکیه بها فالبحث هناک عن إثبات الطریق و هاهنا عن إثبات غایه الطریق و لیس ثبوت الیـد حاسـما للـدعوی بل لا بـدّ من إثبات کونها یـد ملک لا یـد عـدوان (و بالجمله) فالبحث عن الاماره غیر البحث عن ذی الاماره، و حیث ان قضیه تعارض البینات من مشکلات القضاء و أهم مباحثه فلا بد من تمهید مقدمه أیضا تشتمل علی أمرین مهمین.

(الأول) ان أصـحابنا اختلفـوا فی ان الأصـل و القاعـده فی الحجـتین المتعـارضتین هـل هـو التساقـط و الرجـوع الی الأصول فی موردهما أو الی حجه أخری فی موردهما ان کانت؟، أم القاعده

تقتضی عدم السقوط عن الحجیه إلا بالمقدار الذی لا یمکن العمل بهما فاللازم بعد تعذر العمل بهما بتمام مؤداهما أما التبعیض أو التخییر لانه عمل بهما فی الجمله بقدر الإمکان- وجهان بل قولان- و لعل التساقط بعد التکافؤ و عدم المرجح من جمیع الوجوه هو الاوجه لانصراف أدله الحجیه عن المتصادمین «أولا» و لزوم التهافت للتمانع بینهما ثانیا و التبعیض و التخییر یحتاج الی دلیل غیر دلیل نفس الحجیه کما ورد فی الخبرین المتعارضین بعد تکافئهما من جمیع الوجوه الأمر بالتخییر فی المعتبره المستفیضه القائله: إذا فتخیر. اما مع وجود المرجحات فلا إشکال فی حجیه الراجح و سقوط المرجوح فان حجیه البینه کحجیه خبر العدل لیس من باب الموضوعیه و السببیه بل من باب الطریقیه فالراجح أقرب الی الواقع فیتعین «الثانی» هل وظیفه المنکر خصوص الیمین کما ان وظیفه المدعی ابتداء هی البینه یعنی لو طلب المنکر تقدیم بینه تفادیا من الیمین هل یقبل منه أم لا یقبل منه الا الیمین- وجهان بل قولان من ان ظاهر أدله «البینه علی المدعی. و الیمین علی من أنکر» هو انحصار وظیفته بالیمین فکما ان المدعی لا یقبل منه الا البینه فکذلک المنکر لا یقبل منه الا الیمین و التفصیل قاطع للشرکه مضافا الی جمله من الاخبار صریحه بذلک کخبر منصور: رجل فی یده شاه فجاء رجل فادعاها فأقام البینه انها ولدت عنده و لم یهب و لم یبع و جاء الذی فی یده بالبینه مثلهم عدول انها ولدت عنده لم یهب و لم یبع فقال علیه السلام حقها للمدعی و لا

اقبل من الذی فی یده بینه لان اللّه تعالی أمر ان یطلب البینه من المدعی فان کانت له بینه و الا فیمین الذی هو فی یده هکذا أمر اللّه عز و جل،، و قریب منه الرضوی و غیره،،، و من ان المنکر لما کان هو صاحب الید غالبا و قوله موافق للأصل أیضا اکتفی منه بالیمین تسهیلا و رخصه لا عزیمه بخلاف المدعی و لذا تعینت علیه البینه مضافا الی عمومات إذا شهد عندک العادلان فصدقهما و أمثالها و خبر منصور و الرضوی و غیرهما لضعف أسانیدها و اعراض الأکثر عنها لا یصلح لتخصیص تلک العمومات مضافا الی معارضتها بأخبار اخری صریحه فی قبول بینه المنکر و هذا هو الأصح،،، إذا تمهد هذان الأمران فلنشرع فی حکم تعارض البینتین فی کل واحده من الصور الأربع فنقول (۱) ما إذا کانت العین فی ید رجل و ادعاها آخر و اقام کل منهما البینه انها له و قد اختلف فقهاؤنا فی تقدیم ای البینتین علی الأخری أشد الاختلاف حتی انتهت الأقوال إلی تسعه أو أکثر و منشأ ذلک اختلاف الاخبار فبین قائل بتقدیم بینه الداخل ای صاحب الید و قائل بتقدیم بینه الخارج و بین قائل بالتفصیل بین التی ذکرت السبب فتقدم الی غیر ذلک من التفصیلات المبسوطه فی الموسوعات و الذی یستفاد من مجموع الأدله فی هذه الصوره بعد الجمع بین الاخبار هو لزوم الرجوع الی المرجحات المنصوصه و هی الأکثریه و الأعدلیه و ما یلحق بها من متانه الشاهدین و شده حفظهما و نحو ذلک مما له مدخلیه فی قوه الظن بأن الحق معهما لا بقضیه

ذكر السبب و عدمه مما لا مدخليه له بقوه الظن فان تساويا من جميع تلك الجهات فالترجيح لبينه صاحب اليد و يدل على ذلك صريح جمله من الاخبار كخبر غياث ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان فى دابه كلاهما أقام البينه أنه أنتجها فقضى بها للذى هى فى يده و قال لو لم يكن فى يده جعلتها نصفين و مثله خبر جابر ان رجلين تداعيا دابه و اقام كل منهما بينه انها دابته أنتجها فقضى رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله للذى فى يده و لكن فى آخر خبر إسحاق ابن عمار فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا بينه قال اقضى بها للحالف الذى هو فى يده، و القاعده تقتضى تقييدا لا و اين بهذا الخبر فتكون العين المتنازع فيها لمن هى فى يده بعد يمينه و هذا يوافق ما اخترناه من ان القاعده تقتضى تساقط البينتين المتعارضتين و يتوجه على صاحب اليد و هو المنكر اليمين و يحكم له بها و لكن هذا مع تساوى البينتين فى العدد و درجه العداله اما مع تفوق احدى البينتين على الآخرى عددا أو عداله فلا يبعد الترجيح بالأكثريه و الأعدليه كما صرحت به بعض الاخبار بل و فى بعضها الترجيح بذكر السبب مثل ان الدابه نتجت على مذوده أو انه تملكه بالشراء الا ان الاعتداء بهذا مشكل كما ان بعض الاخبار قد اشتمل على ذكر القرعه ففى صحيحه الحلبى فى شاهدين شهدا على أمر واحد و شهد آخران على غير الذى شهدا قال عليه السلام يقرع بينهما فأيهما قرع فعليه اليمين و مثلها أخبار أخرى و هذا أيضا طرح للبينات و رجوع الى اليمين و القرعه

و الظاهر عـدم لزومها معه بل هی لمزیـد التوثق و الاحتیاط و کیف کان فالأصح ما ذکرنا من انهما مع التکافؤ یسـقطان و یحلف مـن فی یـده العین و یأخـذها، امـا- مـا ذکره الشـهید «قـده» فی اللمعه من انه لـو کـانت احـدی البینـتین أقـدم قـدمت و علله فی (الروضه) بقوله لثبوت الملک بها سابقا فیستصـحب و علی هـذا جرت (المجله) ماده «۱۷۶۰» بینه من تاریخه مقـدم اولی مثلا إذا ادعی علی العرصه إلی الآخر، فهو انما یصح علی المبنی الذی ذکرناه من سقوط البینتین مع التعارض و یرجع الی الاستصحاب و هـذا انما یتم حیث لا ید لأحدهما اما مع الید فلا حاجه الی الاستصـحاب بل لا یجری الاستصـحاب مع الید معارضا لها أو موافقا لأنهـا اماره و لا مجری للأصل مع الأماره أصـلا کما حقق فی محله و کیف کان فتعبیر الشـهید کعباره المجله لا یلائم ما اخترناه من السـقوط بل هو ظاهر أو صـریح فی ان الاستصـحاب مرجـح للبینه الموافقه علی الأخری و هـذا یتسق علی الأصول القدیم اما علی مـا حققه فلاسـفه الأـصولیین من سـقوط الأصـل کلیه مـع الامـاره بینه أو غیرهـا مخالفـا أو موافقـا بـل یموت تمامـا نعم إذا تعـارضت فسـقطت یحیـا و یلزم الرجوع الیه کمـا ذکرنـا فهو مرجع لاـ مرجـح فتـدبره،،، هـذا کله إذا کـان المتنـازع علیه فی ید أحـدهما امـا لو کان فی یـدهما معا کما فی ماده «۱۷۵۶» فقـد عرفت انه علی نوعین لاـن کلاـ منهما اما ان یـدعی الکل و اما ان یکون أحدهما الذی یدعی ذلک و الآخر یعترف بالاشتراک یعنی انه یدعی النصف فالباب فی کلا

الصورتين باب التداعى لا باب المدعى و المنكر، اما الاولى فواضح ضروره ان كلا منهما يدعى الكل و الكل فى يده حسب الفرض و هو ممكن ببعض الاعتبارات و اما «الثانيه» فالنصف متفق عليه بينهما أنه لمدعى الكل انما النزاع فى النصف الثانى فمدعى الكل يدعى انه له مع ذلك النصف و الآخر يدعى انه له و المفروض انه فى يدهما و قد عرفت ان المائز لباب التداعى عن باب المدعى و المنكر هو كون المتنازع فى يدهما أو لا- يد لأحدهما عليه فهو باب التداعى و ان كان فى يد أحدهما بالخصوص فهو باب المدعى و المنكر و عليه فلا- وجه لتقديم بينه الاستقلال اى بينه مدعى الكل كما فى «المجله» و لا للاشتراك إذا ادعى أحدهما النصف بل اللازم «أولا» الرجوع الى المرجحات من الأكثريه و الأعدليه و غيرهما فيعمل بالراجحه منهما فان تكافأتا من جميع الوجوه سقطتا فان كان هناك أصل من استصحاب أو غيره عمل به و الا- فالتحالف فان حلف أحدهما و نكل الآخر فهى للحالف و ان حلفا معا اشتركا فيها مناصفه فى الصوره الاولى و قسم النصف بينهما فى الثانيه، و هكذا الكلام فيما لو لم تكن عليها يد أصلا لا لهما و لا لغيرهما و أقام كل منهما البينه،، و هى «الثالثه» و كذلك ظهر حكم الصوره «الرابعه» و هى ما لو كانت فى يد ثالث فإنه إن أقربها لهما كانا كما لو كانت فى يدهما معا، و ان أقربها لواحد فهو صاحب اليد و عليه اليمين للآخر مضافا الى يمين من صارت له اليد حديدا و ان أنكرهما كان لهما عليه اليمين فإن أقر بها لثالث فهو

صاحب الید و یختصمان معه و ان قال لا ادری فحکمها کما لو لم یکن لا حدید علیها أصلا، هذا خلاصه التحقیق فی هذا المقام، و هذا هو العلم المشذب و الفقه المحرر و لو رجعت الی موسوعات الفریقین فی هذه المباحث و مؤلفاتهم لما زادتک الا حیره و ارتباکا، و لنرجع الی التعلیق علی بقیه مواد هذا الفصل.

ماده «۱۷۵۷» بینه الخارج أولی فی دعوی الملک المطلق الذی لم یبین فیها تاریخ-،،،

و مثاله ما لو ادعی ان الدار التی فی ید زید هی له- یعنی و اقام کل منهما بینه ترجح بینه الخارج و تنتزع الدار من ید زید، و هذا مبنی علی ما عرفت من ان الخارج وظیفته البینه و ذو الید وظیفته الیمین و لا تسمع بینته و أوضحنا لک ان الحق خلاف هذا و ان بینه الداخل أحق بالتقدیم لاعتضادها بالید و العمل بالامارتین المتفقین اولی من العمل بأماره واحده مخالفه و انما جعلت البینه حجه من جهه کونها طریقا الی الواقع لا- من باب التعبد و الموضوعیه و لا- شک ان الید اماره علی الواقع و الأمارتان المتعاضدتان أقرب الی الواقع من الأماره الواحده المخالفه، و ان شئت ان تقول بناء علی تساقط الحجتین المتعارضتین ان البینتین تساقطتا بالتعارض و بقیت الید حجه بلا معارض و احترزت «المجله» بقید الدعوی فی الملک المطلق و الذی لم یبین فیها تاریخ عن ذات السبب و المؤرخه فإنهما مقدمتان عندهم کما أوضحت ذلک فی ماده (۱۷۵۸) ترجح بینه الخارج أیضاً علی بینه

ذی الید فی دعاوی الملکیه المقیده بسبب قابل للتکرار و هی التی لم یبین فیها التاریخ کالشراء لکونها فی حکم دعوی الملک المطلق و لکن إذا ادعی کلاهما بأنهما تلقیا الملک من شخص واحد ترجح بینه ذی الید. ثم ذکرت المثال و خلاصته انه الخارج لو ادعی حانوتا فی ید شخص و قال اشتریته من زید فان قال ذو الید انا اشتریته من بکر قدمت بینه الخارج و ان قال انا اشتریته من زید قدمت بینته و لا اعرف لهذا التفصیل وجها مقبولا، بل اللازم النظر إلی أقوی البینتین کثره و وثاقه فترجح، و إذا تکافأتا من جمیع الوجوه فان قلنا بأن القاعده التساقط ترجح قول ذی الید بیمینه لانه منکر و المدعی لا حجه عنده لسقوط بینته بالتعارض، و الا فالترجیح لبینه الداخل لاعتضادها بالید فتکون أمارتان فی مقابل واحده و لا حاجه الی الیمین لان العمل استند إلی البینه و الید مرجح لا مرجع فتدبره.

و مثله الکلام فی ماده (۱۷۵۹) بینه ذی الید أولی فی دعاوی الملکیه المقیده بسبب غیر قابل للتکرر کالنتاج- فلو تنازع الخارج و ذو الید فی مهر و اقام کل منهما بینه انه مولود من فرسه ترجح بینه ذی الید.

قد عرفت ان ترجیح ذی الید لانه ذو ید لا لأن بینته شهدت بالسبب و الا فکلاهما قد شهدتا بالسبب فلیس ترجیح ذی الید الا لیده فیطرد فی کل ذی ید سواء شهدت بالسبب أم لا و مثله ما لو شهدت إحداهما بالمطلق و الأخری مقیده بالسبب فان الترجیح لذی

الیـد الاـ ان تکون بینه الخارج أکثر عـددا و أقوی وثاقه فإنها تقـدم علی الیـد و یعرف وجهه بالتـدبر فیما ذکرناه، نعم قـد یکون لإحدی البینتین شبه الحکومه علی الأخری و کالتفسیر لها کما لو شـهدت بینه ذی الید انه ورثها من أبیه و شـهدت الأخری بأن أبـاه اغتصبها من المـدعی أو من أبیه أو اشتراها و لم یـدفع ثمنها فلا إشـکال حینئـذ بتقـدیم بینه الخارج کما نص علیه خبر أبی بصیر.

ماده «۱۷۶۰» بینه من تاریخه مقدم أولی- إلی آخرها.

تقدم الکلام فیها و انه لا وجه للترجیح هنا الا الاستصحاب و هو لا یصلح مرجحا للبینه کما لا یصلح معارضا،،،

ماده «۱۷۶۱» لا یعتبر تاریخ الدعوی فی النتاج

و ترجـح بینه ذی الید کما ذکر آنفا. الا انه إذا لم یوافق من المدعی به تاریخ ذی الید و وافق تاریخ الخارج ترجح بینه الخارج- و هـذا غنی عن البیان فان بینه ذی الیـد علی هذا التقدیر تصبح معلومه الکذب بالوجدان فالخارج کذبها و صدق بینه الخارج و کـذلک لو خالف تاریخ کلیهما فان الوجدان حینئذ قد کذبهما معا و تبقی الید سـلیمه عن المعارض فیحلف لانه منکر و یحکم له بالیمین و علیه بالنکول اما لو لم یکن التاریـخ معلوما فقـد حکمت المجله أیضا بتهاتر البینتین و تبقی العین فی ید ذی الید،، و هـذا غیر موافق لمـا حکمت فی المواد السابقه من ان بینه الخارج مقـدمه فی دعوی الملک المطلق و هـذا الفرض یرجع الیه بعد سقوط التاریخ و عدم العلم بتاریخ النتاج

و الأصح ان كان ترجيح لإحدى البينتين فهو و الا فالترجيح لبينه ذى اليد و الاولى ان يحلف أيضا.

ماده «۱۷۶۲» بينه الزياده أولى فلو اختلف البائع و المشترى فى مقدار الثمن أو المبيع ترجح بينه مدعى الزياده،،،

و هذا واضح بناء على تقديم بينه الخارج اما على العكس فالأمر بالعكس فتدبره.

ماده «۱۷۶۳» ترجح بينه التمليک على بينه العاريه،

فلو قال أعطيته لك عاريه و قال بل بعته لى أو وهبته ترجح بينه البيع أو الهبه،،، هذا المسأله ذات شقوق و شعوب و هى مسأله مشكله و سياله ذات أشباه و نظائر و فيها فقاهه و فن، و تحريرها كما يجب- ان التنازع فى العاريه و البيع اما ان يكون بعد تلف العين عند مدعى البيع أو مع وجودها فى يده فان كان بعد التلف فاما ان يكون مع دعوى تسليم الثمن من مدعى البيع أو مع اعترافه بعدم التسليم و على كلا التقديرين يلزمه التسليم لأصاله عدمه فى الأول و لاعترافه بأنه لازم عليه فى الثانى و لكن مدعى العاريه لا يستحقه من جهه إنكاره للبيع و العاريه غير مضمونه إلا بالتعدى و الأصل عدمه فلا يجوز له أخذ الثمن نعم على مدعى البيع ان يدسه فى أمواله أو يدفعه الى حاكم الشرع ان لم يتمكن من إيصاله اليه و يشبه ان يكون كمجهول المالك (و بالجمله) فأصاله عدم الضمان و أصاله عدم البيع تقضى بعدم استحقاق مدعى العاريه عوض العين التالفه و لكن اعتراف مدعى البيع يقضى

بوجوب تسليمه الثمن و ان كان الآخر لا يستحقه حسب اعترافه و مثل هذا كثير فى الفقه، اما مع وجود العين فى يد مدعى البيع و عدم تلفها فأصح ما يجرى من الأصول هنا هو استصحاب ملكيه مدعى العاريه الذى يعترف مدعى البيع انها كانت له و يدعى انتقالها منه اليه و الأصل عدم الانتقال و بقاء تلك الملكيه فيجب عليه ردها اليه لا- يقال ان يد مدعى البيع الفعليه تعارض الاستصحاب و هى مقدمه عليه لأنها اماره و الاستصحاب أصل لأنا نقول ان هذه اليد الفعليه لا اثر لها لأنها فرع عن يد سابقه باعتراف المدعى أى مدعى البيع فيكون أصاله بقاء الأصل حاكم على الفرع فتدبره.

هذا من حيث مجارى الأصول و حيث لا بينه أصلا،، اما لو كانت فاما ان تكون لواحد منهما فقط فلا اشكال ان العمل عليها و ان كانت لكل واحد بينه فان كان لواحده منهما مرجح فالعمل عليها و ان تكافأتا و قلنا بالتساقط فالمرجع هو الأصل الذى عرفته و يصبح مدعى البيع هو المدعى و عليه الإثبات و حيث سقطت بينته بالتعارض فالآخر هو المنكر و يحكم له بالعين بعد يمينه و إذا قلنا بعدم التساقط فان جعلنا المدار فى الداخل و الخارج على اليد الفعليه فمدعى البيع هو الداخل و تقدم بينته عند من يقول بتقديم بينه الداخل كما هو الأصح لاجتماع أمارتين البينه و اليد فى قبال اماره واحده، و الخارج هو مدعى العاريه فتقدم بينته عند من يقول بتقديم بينه الخارج، كأصحاب المجله و ان قلنا بان المدار على اليد السابقه و هى يد مدعى العاريه انعكست

القضيه و انقلب الحكم فتدبر.

كل هذا التحقيق و اغتنمه فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب.

ماده (۱۷۶۴) ترجح بينه البيع على بينه الهبه و الرهن و الإجاره و بينه الإجاره على بينه الرهن

- الى آخرها.

هذا أيضا فرع على الأصل الذى اعتمدوا عليه من تقديم بينه الخارج و حيث ان مدعى البيع قوله مخالف للأصل أعنى أصاله عدم الانتقال أو أصاله عدم استحقاق الثمن على المدعى عليه فهو الخارج بناء على ان كل من يخالف قوله الأصل خارج فتقدم بينته، و لكن التحقيق ان هذا الفرع و نظائره مما يتفق فيه المتداعيان على كون العين كانت لأحدهما و انتقلت الى الآخر لكن تنازعا فى أنها انتقلت.

بعوض أو بغير عوض كالبيع و الهبه أو اتفقا على انتقال المنافع و تخاصما هل انتقالها مع العين أو مستقله كالبيع و الإجاره أو البيع و العاريه على القول بأنها تمليك المنافع نعم الحق ان المرجع فى كل هذه الفروض الى ان قاعده احترام مال المسلم هل مقتضى انه لا ينتقل الا بعوض الا ما خرج أو انها لا اقتضاء لها من هذه الجهه و لا يستفاد منها الا ان احترام مال المسلم يقتضى ان لا ينتقل عنه و لا يتصرف فيه أحد إلا برضاه فلا تفيد أكثر من أمثال قولهم عليهم السلام لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه من الكتاب و السنه فان قلنا ان الأصل هو عدم الانتقال بالعوض فالقول لمن يدعى البيع و الا فالقول لمن يدعى الهبه اما النزاع فى البيع أو الرهن فلا ريب ان الأصل عدم الانتقال فيكون

القول مع منكره و كـذا فى البيع و الإجاره فإن مدعى البيع يدعى انتقال العين و المنفعه و المنافع متفق على انتقالها و الأصل عدم انتقال العين فقول مـدعى الإجاره موافق للأصل و بمعرفه الموافق للأصل من المخالف يعرف الداخل و الخارج و منه يعلم حكم النزاع فى انه رهن أو إجاره فإن الأصل عدم انتقال المنافع فالقول مع مدعى الرهن و من كل هذا ظهر ان المجله فى ماده «۱۷۶۵» شـذت أو اشـتبهت فى القاعـده التى بنوا عليها من تقـديم بينه الخارج ضـروره أن المعير الـذى يدعى التقييد و التعيين باسـتعماله أربعه أيام فقط يخالف قول الأصل أعنى أصاله عدم التقييد فيكون هو الخارج و تقدم بينته و لكنهم حكموا بتقديم بينه المستعير الموافق للأصل و دعوى ان القول قول المعير فى نوع ما يملكه من المنافع لغيره فيكون قوله موافقا للأصل- مردوده بأن الأصل و ان اقتضـى الرجوع إليه فى تعيين قصده و لكن ذاك حيث لا يكون دليل اجتهادى كظواهر الألفاظ من إطلاق و تقييد يعين بهما المراد فتـدبره جيـدا و لاـ تغفـل كغفلتهم فى هـذه المـاده و مادتى «۱۷۶۶» و «۱۷۶۷» فـان الأصـل لمـا كان هو الصـحه و العقل فمدعيهما موافق للأصل فيكون داخلا و اللازم على قاعدتهم ان ترجح بينه الخارج و هو مدعى المرض و الجنون،،،

ماده «۱۷۶۸» إذا اجتمع بينه الحدوث و القدم

- الى آخرها إذا تنازع اثنان فى ان المسـيل حدث منذ خمسـين سنه أو عشر سنين فقد مر عليك غير مره ان أصاله تأخر الحادث تقتضى الحدوث

و بناء علی تقدیم بینه الخارج تقدم بینه القدم المخالفه للأصل فحکم المجله بتقدیم بینه الحدوث فیه خروج عن قاعدتهم فتدبره جیداً و لا تغفل.

ماده «۱۷۶۹» إذا أظهر الطرف الراجح العجز عن البینه

- لعله یرید بالطرف الراجح من یوافق قوله الأصل أو العکس و علی کل حال فالأمر فیهما واضح.

الفصل الثالث فی (القول لمن. و تحکیم الحال)

ماده «۱۷۷۱» إذا اختلف الزوج و الزوجه فی أمتعه الدار التی سکناها- الی آخرها.

هذه المسأله أیضا من مهمات مسائل الخصومات و هی قضیه تنازع الزوج و الزوجه فی أمتعه البیت و هی و ان کانت معنونه بعنوان الزوج و الزوجه و لکنها کثیره الاشتباه و النظائر کثیره الدوران و عامه البلوی، و ربما یطرد حکمها فی کل شریکین أو أکثر فی محل

لو تنازعـا على مـا فى ذلـك المحـل من متاع أو آلات أو نحو ذلك كالنجار و الحـداد لو اشتركا فى العمل فى حانوت واحـد و تنازعا على بعض آلات مختصه أو مشتركه و قـد تكثرت الأقوال و تضاربت الأفكار فى تنازع الزوجين على الأمتعه فبين قائل بأن لكـل واحـد منهمـا مـا يخصه و المشترك يقسم بينهمـا بعـد التحـالف و قيـل الكل للزوج و قيل الكل للزوجه و قيل المرجع الى العرف مطلقا و قيل هما فيه سواء مطلقا فان حلف أحدهما فهو له و ان حلفا أو نكلا قسم بينهما و نسب الى الصدوق «قده» القول بـان مـا يختص الرجـل له و ما يخص المرأه و المشترك لها فهـذه خمسه أقوال،،، و سر هـذا الخلاف و ملاك الارتباك هو ان متاع البيت لما كان تحت استيلاء الزوجه و الزوج معا فيكون الجميع فى يـد كل منهما فلو تنازعا كان من قبيل تعارض اليـدين و تـدخل فى قضـيه تنازع اثنين على مال بأيديهما فإذا سـقطت اليد بالتعارض فان كانت لأحدهما بينه فلا ريب فى ان العمل يكون عليها و ان كانت لكل منهما بينه يرجع الى المرجحات فيعمل بالراجحه و ان تكافأتا لم يكن مجال لتقديم بينه الداخل أو الخارج بعد فرض ان كل واحد له يد على المجموع فكلاهما داخلان فتشكل المسأله و كذا لو لم يكن بينه أصلا،،، اما اخبار أهل البيت سلام اللّه عليهم فى هـذه العقـده فهى كثيره و مختلفه المفاد ظاهرا و من طريقها أو ظريفها حـديث ابن «۱» الحجاج البجلى قال سألنى أبو عبد اللّه اى الصادق «ع» «۱» عبد الرحمن بن الحجاج البجلى الكوفى سكن بغداد و هو-

كيف قضاء ابن أبى ليلى «۱» قلت قضى فى مسأله واحده بأربعه وجوه فى التى يتوفى عنها زوجها فيجى ء اهله و أهلها فى متاع البيت فقضى فيه بقول إبراهيم النخعى ما كان من متاع الرجل فللرجل و ما كان من متاع النساء فللمرأه و ما كان من متاع يكون للرجل و المرأه قسمه بينهما نصفين. ثم ترک هذا القول فقال المرأه بمنزله الضيف فى منزل الرجل، لو ان رجلا أضاف رجلا فادعى متاع بيته كلف البينه كذلک المرأه تكلف البينه و الا فالمتاع للرجل و رجع الى قول آخر فقال القضاء ان المتاع للمرأه الا ان يقيم الرجل البينه على ما أحدث فى بيته ثم ترک هذا القول و رجع الى قول إبراهيم الأول فقال عليه السّلام القضاء هو الأخير و ان كان قد رجع عنه المتاع متاع المرأه الا ان يقيم الرجل البينه قد علم من بين لا بيتها يعنى جبلى متى ان المرأه تزف الى بيت زوجها بمتاع و مثله صحيحته الأخرى و بينهما تغيير يسير و فى آخرها: أ رأيت إن أقامت بينه كم كانت تحتاج فقلت شاهدين-

من خواص أصحاب الإمام الصادق و ولده موسى الكاظم [ع] و كان راويا لهما و وكيلا عنهما سلام اللّه عليهما و أدرک الإمام الرضا عليه السلام و مات فى أيامه أى بعد المائتين و هو من أجل رواتنا رضوان اللّه عليهم «۱» محمد بن عبد الرحمن الأنصارى قاضى الكوفه أيام بنى أميه و بنى العباس و كان يفتى بالرأى قبل أبى حنيفه و له معه مناظرات و منافرات و كان أبوه من أكابر التابعين وجده أبو ليلى من الصحابه اسمه يسار من ولد احيحه ابن الجلاح توفى سنه ۱۴۸.

فقـال لو سألت بين لابتيها يعنى الجبلين و نحن يومئـذ بمكه لأخبروک أن الجهاز و المتاع يهـدى علانيه من بيت المرأه إلى بيت زوجهـا فهى التى جاءت به و هـذا المـدعى ان زعم انه أحـدث فيه شـيئاً فليـأت عليه بـالبينه، و فى صـدرها اسـتثناء الميزان و انه للرجـل، و فى جمله من الاخبار ان لكل منهما ما يخصه و المشترک بينهما يقسم، هـذا موجز ما فى المسأله من الأقوال و الاخبار الوارده فيها.

و الـذى ارى ان الفقهاء رضوان اللّه عليهم و ان أطنبوا فى هذا البحث و لكنهم لم يوفوا هذا الموضوع حقه من التحرير و التحقيق و نحن بلطفه تعالى نوضـحها لک بأسـلوب بكر من البيان يتجسم به روح الحقيقه حتى تلمسـها بيـدک و تبصـرها بعينک مجرده عن كل غطاء و غشاوه و ذلک بعـد مقدمتين «الاولى» ان كل أحد يعلم باختلاف التقاليد و العادات بين طبقات البشـر فى قضـيه الزوج و الزوجه من حيث الجهـاز و المتـاع و مـا تأتى به معها من بيت أبيها إلى بيتها الجديـد فبين طائفه تأتى الزوجه و لا شـى ء معهـا سوى ثيـاب بـدنها التى عليهـا مظلومه محرومه من كل شـى ء حتى من مهرها الـذى يسـتهلكه لنفسه أبوها أو أخوها الـذى يتولى أمرها و هؤلاء يرون ان البنت كالبهيمه المملوكه تباع و تشترى و لا شى ء لها من الحقوق المدينه و تزويجها عباره عندهم عن بيعها كما تباع البقره فتورث هى كسائر الأموال المنقوله و لا تعطى من الإرث شيئا و هؤلاء هم أكثر الأعراب من أهل القرى و الرساتيق و سكان الصحراء البوادى و هذا هو الظلم الفظيع

و الشنشنه الخبيثه التى جاء الإسلام لمحوها و تكرر فى الكتاب الكريم تفنيدها و التوبيخ عليها و لكن على رغم العدل و الانصاف ما أجدى كل ذلك شيئاً و لا يزال القوم الى اليوم متمادين فى ذلك الضلال و سوء الحال و لا نزال نبذل جهودنا معهم فى الوعظ و الإرشاد و لا سامع و لا مجيب إلا فى القليل النادر، و حيث ان أوضاع هذا الكون اعنى عالم الكون و الفساد فى الغالب على طرفى نقيض بين الإفراط و التفريط- فهناك طائفه أخرى و لا سيما فى المدن و العواصم على ضد ذلك تحمل الزوجه معها من بيت أبيها اداره بيت كامله من العرش و الفرش و الأوانى و القدور الى الخيط و الإبره و قد يتفق انها تكتسح بيت أبيها و لا- تترك فيه شيئاً بل تتركه فقيرا، لا يملك دانقا و لا قطميرا و بين هذين الطرفين طبقات مختلفه العادات و الحالات و للفقر و الغنى دخل شديد و يد قويه فى ذلك، فاحتفظ بهذا و اجعله على بالك «الثانيه» ان محور قضيه تنازع الزوج و الزوجه و نظائرهما تدور فى الحقيقه و بعد دقه النظر على قضيه اليد فقط لا على المختص بالرجال و المختص بالنساء، فمعرفه صاحب اليد هنا فى الدرجه الاولى و معرفه الاختصاص فى الدرجه الثانيه، و معرفه صاحب اليد فى الغالب سهله التناول قريبه المأخذ فان كلا من الزوجه و الزوج على الأكثر لا بدّ و ان يكون له فى البيت شى ء يختص به من غرفه أو صندوق أو خزانه يضع فيها ثيابه أو أوراقه أو نقوده أو كل ذلك و كذلك الزوجه و هذا جد واضح كما لإشكال أيضا فى ان فى البيت

متاعا کثیرا لا یختص بأحدهما و لا ید لأحدهما علیه کالفراش و السجاد و الأوانی و نحو ذلک إذا تمهد هذا- اتضح لک ان اللازم علی الحاکم حین ترفع إلیه حادثه من هذه المشاجرات ان ینظر أولا الی ان المتنازع فیه هل هو فی ید الزوج أو الزوجه و فی تصرف ای واحد منهما فیحکم بأنه هو المنکر و علی الآخر إقامه البینه سواء کان ذلک الشی ء من مختصاته أو مختصات الطرف الآخر فان الحلی کالسوار و القلاده التی لا شک ان من مختصات النساء قد یصوغها الزوج من ماله و یضعهما فی صندوقه أو فی خزائنه أو یدفعها أحیانا للزوجه للزینه ثم یسترجعهما منها فکونه من مختصات الزوجه لا یلزمه ان یکون ذلک ملکها أو فی یدها کما ان بعض مختصات الرجل کالسیف أو الدرع فیکون ملکاً للمرأه و خزانتها إما بالإرث من أبیها أو غیر ذلک من الأسباب فإذا عرف الحاکم انه فی یدها و تحت استیلائها و تصرفها یحکم علی الآخر بإقامه البینه فإن عجز عن الإثبات حکم لصاحب الید بیمینه بل ینبغی ان یکون هذا النحو خارجا عن موضوع البحث و ان کانت کلماتهم فی قضیه الاختصاص مطلقه فإن عجز الحاکم عن معرفه صاحب الید المالکه لاشتراک تصرفهما فیه أو لکونه فی یدهما معا أو فی خزانتهما المشترکه بینهما کمکینه الخیاطه الموجوده فی غرفتهما المشترکه و کل منهما یستعملها أحیانا أو نحو ذلک من الآلات حتی المصاغ کالمنطقه و الخاتم سواء کان من صیاغه الزوج أم لا فهنا تأتی قضیه النظر فی المختص و المشترک

فان کان من مختصات الرجل کالسیف و الرمح و نحوهما جعلنا الاختصاص اماره علی انه له و انه هو صاحب الید المالکه و کذلک ما إذا کان من مختصات المرأه کالاقراط و الأسوره فإن اختصاص النساء بشی ء اماره علی انه ملک الزوجه و فی یدها و ان کان من صیاغه الزوج و هذه الید الانتفاعیه أو الاستعمالیه دلیل علی الید المالکیه فان لم یکن هناک اختصاص بل هو فی حیازه کل منهما و کل منهما له الید الانتفاعیه به و هو صالح للنساء و الرجال کالافرشه و التخوت و الصنادیق و الأوانی فاللازم النظر هناک إلی قضیه ما ذکرنا من العادات و التقالید فی جهاز المرأه و ما تحمله من بیت أبیها إلی بیت زوجها کما أشارت إلیه روایه البجلی من ان القضاء هو الأخیر و لعل عاده أهل الحرمین مکه و المدینه کعاده بغداد و ما یلحقها ان الزوجه تأتی فی الغالب بإداره کامله کما ذکرنا و هذه هی (المرحله الثالثه) فی سیر نظر الحاکم و تحریه دقه نظره لاصابه الحق و إذا لم ینجع کل ذلک ای لم یکن ید و لا اختصاص و لا عاده و تقالید و کان الشی ء فی یدهما الاستعمالیه معا من دون ید مالکیه لأحدهما و تأتی «المرحله الرابعه» و تکون القضیه من باب التداعی مثل تداعی شخصین ما بیدهما أو بید ثالث أولا ید لأحد علیه أصلا یتحالفان فیأخذه الحالف فان حلفا أو نکلا قسم بینهما هذا کله حیث لا بنیه أو قبل النظر إلی البینه یعنی حیث یراد تعیین المدعی من المنکر و تمییز الخارج من الداخل و تشخیص أن القضیه من باب المدعی أو من باب التداعی

و على هـذه المراحل الأربع تنزل الأخبار المختلفه و كل واحد منها ناظر إلى جهه فالتقسـيم للتداعى و كل المتاع للرجل حيث لا بد للزوجه و لا عاده و هو للمرأه كله فيما هنالك عاده كما استشـهد الامام عليه بمن بين لابتيها فكل واحد له ما يختص به حيث لا بد و لا عاده و هذه هى الوجوه الأربعه التى تقلب فيها رأى القاضى ابن أبى الى و ارتبک منها و لم يستقر على واحد منها و لو ساعدته العنايه لعرف ان لكل واحد من تلك الوجوه موضوعا يخصه لا انه يفتى به بقول مطلق و فى جميع الأنحاء إذ لا شک انه لا وجه للرجوع الى الاختصاص مطلقا حتى فى مقام كون اليد و الاستيلاء لأحدهما كما لا وجه له أيضا فيما إذا كانت العاده أنها تأتى بجميع الإناث من بيت أبيها فإنها تكون حينئـذ هى صاحبه اليـد على كل ما فى البيت و الزوج هو المـدعى و عليه البينه كما قال الامام عليه السـلام و هذه هى الظهورات العرفيه المتبعه أعنى ظهور الأحوال و الأفعال الذى هو كظهور الأقوال فتدبره جيدا و اغتنمه، اما لو كـان فى الـبين بينه فـان كـانت لأحـدهما فقـط زوجـا أو زوجه حكم له بهـا مطلقـا فى جميع الوجوه المتقـدمه مع الاختصاص و عـدمه و مع اليـد و عدمها الى آخر ما سـبق و ان كانت لكل واحد منهما بينه فان كان لأحدهما يد و استيلاء أقوى من الآـخر على مـا عرفت من كـونه فى صـندوقه أو فى خزانته الخـاصه به أو اختصـاص أو عـاده كـان بالضـروره هـو المنكر اى الداخل و الآخر هو المدعى أى الخارج و هنا يجى ء الارتباک و اختلاف المذاهب و الآراء فأصحاب المجله

يقـدمون بينه الخارج ففى مختصات النساء يحكمون بها للرجل و العكس بالعكس كما نصت عليه هذه الماده التى نحن فيها، اما عنـدنا فالأصـح كمـا سـبق مفصـلا تقـديم بينه الـداخل لاعتضادهـا باليـد ففى مختصـات الزوجه تقـدم بينتهـا و تحكم لهـا و فى مختصـات الرجل تقـدم بينته و ان لم تكن يـد و لا اختصاص و لا عاده يعرف بها الـداخل من الخارج و المـدعى من المنكر فان كان لإحـدى البينتين ترجيـح بكثره أو وثاقه قدمنا الراجحه و ان تكافأتا من جميع الجهات فان حلف أحدهما فقط فللحالف و ان حلفا معا أو نكلا فالتقسـيم،،، هـذه هى الحقيقه الناصـعه، و الطريقه الجامعه، التى تمنعت على أفكار فطاحل العلماء و القضاء من الصدر الأول إلى اليوم و المنه للّه وحده.

ماده (۱۷۷۳) إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبه و ادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين.

لا وجه له بل كل من يكون القول له فإنما يحكم له بعـد يمينه و يمكن إعطاء قاعده كليه و هى ان كل من يكون القول قوله فلا بـد معه من اليمين بل يمكن ان يقال فى هـذا الفرع ان القول ليس له بل للواهب لان قوله يوافق أصاله عـدم التلف و استصـحاب بقـاء العين و كـل من يـدعى خلاـف الأصل فعليه الإثبات بالبينه، و ليس هو بأمين كالودعى حتى يقبل قوله و ان خالف الأصـل كما فى «۱۷۷۴»، (۱۷۷۵) إذا اعطى من له ديون مختلفه لدائنه مقدارا من الدين فالقول قوله فى

کونه أعطاه محسوبا من باقی الدین.

هـذه المـاده بظاهرهـا لا محصل لها و لعل مرادهم انه إذا كان علیه دیون مختلفه ای بعضـها علیها رهن و بعضـها بلا رهن فادعی المدیون انه قصد دفع الدین الذی علیه رهن یصدق لأنه أعلم بقصده و هو من الأمور التی لا تعلم الا من قبله و هو صحیح متجه، (۱۷۷۶) إذا انقضت مـده إجـاره الرحی و أراد المسـتأجر حط حصـته من الأجره مـده انقطاع الماء- و وقع بین الآخر و المسـتأجر اختلاف و لم تکن هناک بینه الی- آخرها.

هذا أیضا من المواضع التی اشتبهت المجله فیه حیث جعلت القول قول المستأجر ان المده عشره لا المؤجر القائل أنها خمسه فان المرجع هنا استصحاب بقاء الماء الا بالمقدار المتعین انقطاعه فیها و هو الخمسه فقول المؤجر هو الموافق للأصل و مدعی الزیاده علیه الإثبـات و هکـذا إذا کـان الاختلاف فی أصـل الانقطـاع فـان القول قول منکره مطلقـا سواء کان موجودا حال الخصومه أو منقطعا بعـد ان کان حال الإیجار موجودا فیستصـحب الی زمن الیقین بانقطاعه فتعود المسأله الأولی نعم لو لم یکن موجودا حال الإیجـار انعکس الحکم فتـدبره و منه یعلم ماده «۱۷۷۷» و هو مـا إذا اختلفـا فی طریق المـاء انه قـدیم أو حادث فان المرجع إلی أصاله تأخر الحادث ای استصحاب عدمه الی زمن الیقین بحدوثه من غیر فرق بین وجود الماء فی المسیل حال الخصومه أو عدم وجوده بعد العلم بوجوده سابقا و انما الشک فی قدمه

و حـدوثه نعم لو كان للحـدوث أثر شـرعى بعنوانه الخاص يشـكل إثبات ذلك الأثر باستصـحاب عـدمه الا على القول بالأصول المثبته فتدبره.

الفصل الرابع في (التحالف)

باب التحالف هو باب التـداعى على عين ليس لأحـدهما يـد عليها و لا يكون قول أحـدهما موافقا بل الكل مخالف و حينئذ فإن اختص أحدهما بالبينه حكم له بها و ان كان لكل واحد بينه و لم يكن مرجح لأحدهما فاما ان يحلف أحدهما فقط فيحكم له أو يحلفان معا فان كان النزاع على عين قسـمت بينهما و ان كان على عقـد يحكم بفسـخه و يترادان هـذا هو القاعـده العامه فى باب التـداعى و لكن تنازع البائع و المشترى فى مقـدار الثمن ليس من هذا القبيل فان من يدعى الزياده مدع و خصـمه منكر فهو باب المـدعى و المنكر و الأـول يخالف قوله الأصل بخلاف الثانى فـذكره هنا وضع للشـى ء فى غير محله و فى غير بابه نعم لو تنازعا فى الجنس و ان المبيع فرس أو شاه و الثمن فضه أو ذهب و العقد بيع أو صلح و هكذا كان من باب التداعى و بعد التحالف

الفسخ كما عرفت- هذا كله فى البيع اما لو كان النزاع فى الإجاره ففى ماده «۱۷۷۹» إذا اختلف المستأجر قبل ان يتصرف فى المأجور الى آخرها.

و ماده «۱۷۸۰» و حاصلهما ان المؤجر و المستأجر لو تنازعا فى قدر الأجره فاما ان يكون قبل التصرف فى العين المأجوره أو بعده فإن أقام أحدهما البينه حكم له بها و ان أقاما البينه حكم ببينه الخارج عندهم و هو المؤجر المدعى للزياده المخالف قوله للأصل و ان لم يكن بينه أصلا حلف المستأجر أى منكر الزياده و ان نكل حكم عليه و ليس هذا من باب التداعى و التحالف فذكره هنا لا وجه له أصلا كما لا وجه لقولها: يحلفان معا- بل يحلف المنكر فقط اى منكر الزياده كما عرفت و لا مجال للفسخ هنا أصلا و قد اشتبهت المجله هنا اشتباها مريبا و مثله ما لو اختلفا فى المده أو المسافه و قول المجله: و يبدأ بتحليف المؤجر فى صوره التحالف اشتباه واضح، إذ لا- تحالف فى المقام أصلا، و لا فرق فى كل ما ذكرنا بين كون النزاع بعد التصرف أو قبله فتدبره، و منه ظهر حكم مادتى «۱۷۸۱: ۱۷۸۲» نعم أصابت المجله شاكله الصواب فى ماده «۱۷۸۳» ليس فى دعوى الأجل يعنى كونه مؤجلا- أولا- و فى شرط الخيار و فى قبض كل الثمن أو بعضه تحالف، و فى هذه الصور الثلاث يحلف المنكر،،، و لكن أوضح من هذه الصور كلها النزاع فى المقدار من حيث الأقل و الأكثر لا- فى البيع و الإجاره فقط بل فى جميع العقود و المعاملات القائل بالزياده

مدعی و النافی لها منکر نعم لو کان النزاع فی ان المبیع أو المأجور الدابه أو الدار مثلا أو الثمن دراهم أو دنانیر و نحو ذلک فهو باب التداعی و التحالف و ما ادری کیف اشتبه هذا الأمر الواضح علی أصحاب المجله فخلطوا بل غلطوا هذا الغلط الذی لا یخفی علی واسط الطلب فضلا عن أفاضلهم و العصمه للّه وحده و منه التوفیق.

و تحصل من جمیع الذی تلوناه انه کلما کان النزاع فی الأقل و الأکثر أو الإطلاق و التقیید أو النفی و الإثبات فهو باب المدعی و المنکر- ان أثبته المدعی حکم له و الا حلف المنکر و انتهت الخصومه و کلما کانت الخصومه بین متباینین فهو باب التداعی و التحالف فتدبره و اغتنمه.

الكتاب السادس عشر (فى القضاء

اشاره

و يشتمل على مقدمه و أربعه أبواب)

المقدمه (فى بيان الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالقضاء)

اشاره

ماده «۱۷۸۴»

القضاء:

يأتى بمعنى الحكم و الحاكميه.

الفرق بين الحكم و الحاكميه جهه اعتباريه فان الحاكميه أهليه الشخص لإصدار الحكم و الحكم هو القول الصادر لحسم الخصومه و لا اثر يترتب على هذا فى مقام العمل أصلا.

ماده «۱۷۸۵»

الحاكم:

هو الذات الذى تعين و نصب من قبل السلطان لحسم الدعاوى و المخاصمات- إلى آخرها.

هـذا عنـد جمهور المـذاهب على الظـاهر امـا عنـد الإمـاميه فهو منصب الهى و صـفه نفسانيه كماليه تخوله تلك الأهليه اى أهليه الحكم و القضاء بين الناس و لا دخل للسـلطان فيه أصـلا، لا نصبا و لا عزلا، تنصبه الفضيله و الامانه، و تعزله الرذيله و الخيانه، يا داوُدُ إِنّا جَعَلْناكَ خَلِيفَةً فِی الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ. وَ لا تَتَّبِعِ الْهَوى.

ماده «۱۷۸۶»

الحكم:

عباره عن قطع الحاكم المخاصمه- إلى آخرها.

هـذا اصـطلاح لاـ اثر له عملى لاـ عنـدهم و لا عنـدنا، اما بقيه المواد هنا فهى أشـبه بالمهزله و الفضول مثل ان المحكوم عليه هو الذى حكم عليه و هلم سحلا.

الباب الأول فی (الحکام

اشاره

و یحتوی علی أربعه فصول)

الفصل الأول فی (بیان أوصاف الحاکم)

ماده (۱۷۹۲) یلزم ان یکون الحاکم حکیما فیهما مستقیما و أمینا مکینا متینا.

ماده «۱۷۹۳» یلزم ان یکون الحاکم عالما بالمسائل الفقهیه واقفا علیها و علی أصول المحاکمه مقتدرا علی حسم الدعاوی الواقعه تطبیقا لها.

هـذه الأوصاف علی الجمله معتبره فی الحاکم و لکن لو امعنا النظر فی کثیر منها لم یجد لها معنی محصـلا و لا تجدها الا فارغه جوفاء مثلا

لزوم كون الحاكم حكيما، فما المراد بالحكيم هنا هل هو العالم بعلم الحكمه التى هى معرفه حقائق الأشياء على ما هى عليه على حسب الطاقه البشريه كما يقول أربابها، أو الحكمه بمعنى وضع كل شى ء فى محله كما هو عند أهل العرف و اللغه، أو الحكمه بمعنى الطب كما هو عند العوام حيث يطلقون الحكيم على الطبيب، كل هذا ليس بلازم فى الحاكم الشرعى إذا فما هو المراد، و مثله- كونه مكينا و متينا.

«و بالجمله» فما ذكرته المجله من أوصاف الحاكم أكثرها فارغه لا محصل لها، و انما الأوصاف المفهومه المعلومه اللازمه فيه إجماعا هى سته «۱ و ۲» البلوغ و العقل- فلا يصح قضاء الصبى و ان كان مميزا و جامعا للشرائط الأخر، و لا المجنون مطلقا و لو فى حال إفاقته على الأصح و لو كان جامعا أيضا «۳ و ۴» الإسلام و الايمان «۵ و ۶» الوصفان الركنيان بل و أهم أوصاف الحاكم و هما- الاجتهاد- و هو كما مرت الإشاره إليه ملكه استنباط الأحكام الفرعيه من أدلتها الشرعيه التفصيليه، و هو مقام الفتوى و استخراج الحكم الإلهى الكلى من الأدله العامه و الخاصه، و القضاء أصعب منه بكثير فإنه مقام تطبيق تلك الأحكام الكليه على مصاديقها الجزئيه حسب الحوادث و الوقائع المتجدده و هذا الشرط الذى هو أعظم الشروط و أهم الأوصاف ألغاه و أهمله الجمهور من اتباع أرباب المذاهب و منهم أصحاب (المجله) و لعل ذلك من جهه انسداد باب الاجتهاد عندهم و لم يكتفوا بإهمال هذا الشرط فقط بل أهملوا ما هو أهم

و الزم منه و هو الوصف (السادس) الذى هو الركن الأعظم من أوصاف القاضـى و الحاكم الا و هو العداله التى عرفت انها ملكه نفسانيه تردع صاحبها عن ارتكاب الكبيره و الإصـرار على الصـغيره و الإتيان بشى ء من منافيات المروه و قد اعتبر القرآن المجيد بالعـداله فى الحاكم و الشاهد فى عده آيات: يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ، اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ، وَ أَشْـهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ،،، نعم و لكن القوم و لا سيما فى هذه العصور قد أهملوا هذين الشرطين و من أجل إهمال هذين الشرطين المهمين فى القضاء الذى هو من أهم المنـاصب و أشـقها بـل و أشـقاها بل هو المجلس الـذى لا يحل إلا نبى أو وصـى أو شـقى، نعم من أجل إهمال هـذين الركنين صـار يتولى القضـاء و الحاكميه فى هـذه العصور- الصبيه و الولـدان من الناشـئين الـذين لم يخوضوا بعـد غمار الحياه و تحنكهم التجارب و لا نصـيب لهم من العلم الا ما عرفوه من بعض الكليات التى تلقنوها فى بعض مدارس الحقوق فأين الاجتهاد و اين العداله و اين الحنكه و التجارب و الممارسه فى معرفه التشخيص و التطبيق؟

و كيف يؤتمن أمثـال هؤلاـء على اعراض الناس و أموالهم و حقوقهم بل و دمائهم فلا حول و لا قوه و لا شـهامه و لا فتوه نسـئله تعالى تسديدا أولياء الأمور و إصلاحهم فإذا صلحوا صلح كل شى ء إن شاء اللّه،،، و قد أشارت المجله الى الوصفين الأولين من الأوصاف السـته المتقـدمه فى ماده (۱۷۹۴) يلزم الحـاكم ان يكون مقتـدرا على تمييز النـاس بنـاء عليه لاـ يجوز قضـاء الصـغير و المعتوه و الأعمى و الأصم الذى لا يسمع

صوت الطرفين القوى.

اما العمى و الصمم فلم يتفق أصحابنا على اعتبار خلو الحاكم منهما و لعل الأشهر عدم اشتراط ذلك إذ رب بصيره تغنى عن الف بصر كما هو الغالب فى العميان و قد شاهدنا و شاهد غيرنا منهم العجائب نعم اعتبر جماعه من أصحابنا شرائط و أوصاف أخر فى الحاكم منها «ان يكون ذكرا» فلا يصح قضاء المرأه و ان جمعت بقيه الشرائط و الظاهر هو انه اتفاقى عند عامه المسلمين و لعل المجله لم تصرح به لوضوحه (و منها) ان لا يكون أمياً أى يلزم ان يكون كاتبا «و منها» طهاره المولد فلا يصح قضاء ولد الزنا و ان كان مجتهدا عادلا «و منها» الحريه فلا يصح قضاء العبد و ان اذن له المولى و كان جامعا للشرائط و هو محل نظر «و منها» زياده تضلعه فى أحكام القضاء و طول ممارسته بها بالبحث و التدريس، و لا ماس بهذا الشرط «و منها» ان يكون حافظا اى لا- يكون كثير السهو و النسيان، و يغنى عن هذا ان يكون له كاتب عدل ثقه أمين، و هو اليوم فى نفس الحكام نادر فكيف بكتابهم.

الفصل الثانی فی (بیان آداب الحاکم)

هـذه الأوصـاف المـذکوره فی هـذا الفصـل کلها قـد ذکرها أیضا فقهاؤنا و التزموا باشـد من ذلک فی أدب الحاکم و لکن کل واحـد منهـا أدب مسـتحسن و اخبار أهل البیت فی حث الحاکم علی التزام العفه و النزاهه و العـدل کثیره و لکن کل واحـد منها لیس بحیث لو أخل به یکون حکمه باطلا إذا کان جامعا للشـرائط الرکنیه المتقـدمه، و أهم ما فی هذه الأوصاف متانه الحاکم و رزانته فی سائر أحواله فضـلا عن مجلس الحکم و یلیه فی الأهمیه عـدم قبول الهدیه و الدعوه، فإنها قد تکون فی حقیقتها رشوه، و هی من أعظم الکبائر علی الدافع و الآخذ و هی من السـحت الذی ذکره الباری عز شأنه فی کتابه المجید بأسوإ الذکر، و یتسق بهـذه الآـداب أدب التسویه بین الخصـمین فی کـل الأـحوال و الملاحظـات حتی بالسـمع و البصـر و الوجه و اللسان بل و بالمیل القلبی ان کان مسـتطاعا فلا یسـمی أحـدهما باسـمه و الآخر بکنیته و ان کان أحدهما من الشـرف فی أعلی الطبقات و الآخر فی أدنی

الطبقات فان جميع الناس إمام الحق سواء و اللّه الموفق و به المستعان

الفصل الثالث فی (بيان وظائف الحاكم)

ماده (۱۸۰۰) الحاكم وكيل من قبل السلطان لإجراء المحاكمه و الحكم،،،

عرفت من مطاوی أبحاثنا السابقه ان القضاء و الحاكميه عندنا معشر الإماميه منصب الهی لا دخل له بالسلطان و لا بغيره ينصبه العدل و جامعيه الشرائط و يعزله زوال بعض الصفات الركنيه من العقل و العداله و الاجتهاد فلا يتقيد بزمان و لا مكان بل له الحكم فی كل مكان و كل زمان و حكمه لا يرد إلا إذا تبين عنده أو عند حاكم آخر خطوه أو تقصيره فينقض حكمه، نعم من الواجبات على السلطان العادل فی زمن سلطانه و نفوذ أمره أن ينصب قاضيا حاكم لحسم الخصومات فی كل بلد و لكن ليس معنى ذلك انه إذا نصب حاكما فی بلد لا يجوز الترافع عند حاكم آخر جامع للشرائط نعم لو منع السلطان من الرجوع الى غير منصوبه لمصلحه سياسيه جاز ذلك و حرم الرجوع الى غيره لانه حسب الفرض امام مفترض الطاعه، و يترتب

على مـا ذكرنا ان الحاكم ليس له ان يسـتنيب فى الحكم اى يجعل نائبا عنه قريبا أو بعيـدا لعـذر أو لغير عـذر إذا كان النائب غير جـامع للشـرائط امـا لو كـان جامعـا فلاـ حاجه الى النيابه لأهليته بـذاته نعم له ان يوكل غيره ممن يعتمـد عليه فى بعض مقـدمات الحكم مثل سـماع شـهاده الشاهدين الذين يعرفهما الحاكم و يعرف عدالتهما فينقل له نص شهادتهما و يعمل هو اى الحاكم بما تقتضـيه الموازين، و عليه فـأكثر مواد هـذا الفصل لا محل لها على حسب أصول الإماميه و قواعـدهم فإنه لا نصب و لا عزل و لا نـائب و لاـ منوب و لاـ مجـال للبحث فى جمله منهـا خصوصـا مثـل ما فى ماده «۱۸۱۱» يجـوز ان يسـتفتى الحـاكم من غيره عند الحاجه.

إذ ما وجه استفتائه من الغير بعد اعتبار كونه مجتهدا.

اما لو تنازع الخصـمان فيمن يرجعون اليه لحل خصومتهم فى بلـد يتعـدد حكامه فقـد رجحت المجله ماده «۱۸۰۳» الحاكم الذى اختـاره المـدعى عليه،،، و لكن المشـهور عنـد فقهائنـا ترجيـح من يختـاره المـدعى و ربما يـدعى عليه الإجماع عنـدنا لكونه هو صاحب الحق الـذى له ان يدعى و له ان يترك، و ناقش السـيد الأسـتاذ (قده) فيه بأن للمدعى عليه ان يسـبق الى حاكم آخر بعد الدعوى و يطلب منه ان يخلصه من دعوى المدعى، و هى مناقشه واضـحه الضعف، و اى معنى لطلب ان يخلصه من الدعوى قبل ان يدعى صاحب الحق و يشكل الدعوى عند حاكم و اما إذا شكلها المدعى عند أحد الحكام

فقـد صار هو الأسـبق و لزم على المدعى عليه الموافقه الا ان يرفضـها الحاكم الأول و هو خارج عن الفرض، و التحقيق عندنا فى هـذا ان المـدعى إذا سـبق الى حاكم و رفع اليه دعواه فان وافقه المـدعى عليه فهو و ان خالفه و اختار غيره فان كانا متساويين أو من اختاره المـدعى اعلم و أشـهر فلا إشـكال فى ان الترجيـح لمن اختاره المـدعى و ان انعكس الأمر لا يبعـد ترجيح من يختاره المدعى عليه- هذا إذا سبق المدعى اما لو تنازعا قبل سبقه أو كانا متداعيين فمع تساوى الحاكمين يتعين الرجوع الى القرعه و الا فالترجيح للأعلم الأشهر فتدبره فإنه ثمين و متين.

ماده [۱۸۰۸] يشترط ان لا يكون المحكوم له أحد أصول الحاكم

أو أحـد فروعه أو زوجته أو شـريكه فى المـال الـذى سـيحكم به أو أجيره الخاص أو متعلقه الـذى يتعيش بنفقته، بناء عليه ليس للحاكم ان يسـمع دعوى أحد هؤلاء و يحكم له، اعلم أولا انه لا إشـكال فى ان الحاكم لو كان هو أحد الخصمين لم يكن معنى لإرجـاع الخصومه اليه ليحكم فيهـا له أو عليه حتى بتوكـل غيره للمرافعه فـإنه مع مخـالفته للـذوق و الاعتبـار خلاـف الأدله فإنها ظاهره بل بعضـها صـريح فى لزوم الرجوع الى الغير فلو كان هو شريكا فى المال المتنازع عليه وجب الرجوع الى حاكم آخر، اما أصوله و فروعه اعنى آبـاءه و أولاـده صاعـدين و نـازلين و زوجته و أجيره الخـاص و من يتعيش بنفقته فالاعتبـار و الـذوق بل و الدليل يساعد أيضاً على عدم صحه الرجوع اليه فيما لو كانت للغير مع

أحدهم خصومه إذا كان له ولايه خاصه شرعيه كولايته على الصغار من فروعه أو عرفيه كولايته على زوجته و أجيره لأنه يرجع ذلك الى نفسه اما لو كانت له ولايه عامه كولايه حاكم الشرع على الأيتام و المجانين الذين لا ولى لهم و الغائبين الذين لا وكيل لهم و الأوقاف المنحله التوليه ففيه لفقهائنا قولان- نفوذ حكمه لهم لما فى الحديث من ان كل قاض ولى الأيتام، و ظاهر ولايته عليهم نفوذ حكمه لهم و قيل لا ينفذ لانه هو الخصم و الخصم لا يكون حكما، و فصل آخرون بين ما إذا كان هو الخصم فلا- أو كان القيم أو الوكيل على شؤنهم قبل الخصومه غيره و لو من ذلك الحاكم فيجوز و القول بالنفوذ مطلقا قوى و التفصيل لا- بأس به و هو أحوط، أما فروعه الكبار و أصوله و زوجته الذين لا- ولايه له عليهم فلا دليل على عدم صحه الرجوع اليه لو كانت لهم أو عليهم خصومه سوى ما عرفت من الذوق و الاعتبار، ثم لو حكم لشريكه قالوا نفذ فى حصه شريكه دون حصته و هو مشكل.

ماده (۱۸۱۲) يلزم على الحاكم ان لا يتصدى للحكم إذا تشوش ذهنه بما يمنع صحه التفكر كالغم و الغصه و الجوع و غلبه النوم.

هذا الشرط و ان لم يذكروه فى عداد الشروط الركنيه و لكنه مثلها فى الأهميه و لو صدر منه حكم فى حال من هذه الأحوال وجب عليه اعاده النظر فيه، كما انه لا يجوز التأخير فى الحكم أو فى النظر فى الخصومه إلا لعذر مشروع كإعطاء القضيه حقها من التأمل و الفحص

و لكن بنحو لا يؤدى الى الإخلال بالحقوق بالتاجيلات المتتابعه الموجبه لتضييع العمر و تعطيل اشتغال المتخاصمين كما نشاهده فى هذه الأزمنه التعيسه، و كل ذلك تابع لمقدار المروه و الانصاف فى الحكام و هما قليلان فى الكثير منهم بل معدومان.

الفصل الرابع (فيما يتعلق بصوره المحاكمه)

ماده (١٨١٥) يجرى الحاكم المحاكمه علنا و لكن لا يفشى الوجه الذى يحكم فيه قبل الحكم، هذا راجع الى نظر الحاكم ان وجد مصلحه فى الإفشاء أفشى و الا فلا،، ثم ان باقى مواد هذا الفصل بعضها تقدم ذكرها و الباقى واضح لا تعليق عليه و كذلك مواد الفصل الأول من الباب الثانى و لا سيما ماده (١٨٣٢) للحاكم ان يحكم بالبينه التى أقيمت فى مواجهه أحد الورثه إذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذى أحضر فى الدعوى التى توجه خصومتها الى جميع الورثه و لا حاجه الى إعاده البينه،،، فإنها مع أنها مشوهه الصوره معقده التعبير إلى الغايه قد تقدمت فى المباحث السابقه فراجعها،،

الفصل الخامس فی (بیان الحکم الغیابی)

ملخص المواد المذکوره فی هذا الفصل ان المدعی إذا استدعی من الحاکم إحضار المدعی علیه طلب حضوره ان کان فی البلد أو قریباً منه بـان یحضـر بنفسه أو بوکیـل عنه فـان امتنع یجبر و لو بتوسط السـلطان علی الحضور أو إرسال الوکیل فان لم یمکن إجباره ینـذر ثلاث مرات بورقه دعوه مخصوصه فان لم یجب أفهمه الحاکم انه سـینصب وکیلا عنه و ینظر ثم یحکم ثم ینصـب الوکیل و ینظر فی الدعوی و یحافظ الوکیل علی حقوق من وکل عنه و یدافع عنه حسب ما یسـتطیع ثم یحکم الحاکم له أو علیه حسب الموازین و لکنه لا یخرج عن کونه حکما غیابیاً له الاعتراض علیه و نقضه إذا حضـر قبل تنفیـذه هذا عند أرباب «المجله» أمـا أصـحابنا فبمجرد امتنـاعه و إصـراره بعـد الإنـذار یسـقطون حق حضوره و لاـ یلتزمون بنصب وکیل عنه بل ینظرها الحاکم و یحکم علیه بـالحکم الغیابی و لکن ما ذکروه من نصب وکیل عنه حسن و موافق للاحتیاط ثم یبلغ الحکم إلیه فإن اعترض سـمع و الا نفذ علیه الحکم ان لم یکن له دعوی صالحه لدفع الدعوی.

الباب الثالث فی (رؤیه الدعوی بعد الحکم)

ماده «۱۸۳۷» الدعوی التی حکم بها و اعلم بها موافقا لأصولها المشروعه- لا تجوز رؤیتها و سماعها تکرارا.

یعنی لا یجوز طلب تجدید المرافعه لا عند ذلک الحاکم و لا عند غیره و لعل هذا متفق علیه فی الجمله إنما الکلام فی جوازه مع اتفاق الطرفین بین مجوز و مانع و الجواز أقرب لأن الحرام رد حکم الحاکم و تجدید النظر فیها لیس یرد، و لو ترافعا عند غیره لم یجب علیه البحث عن صحه ذلک الحکم و لکن یجوز له ذلک فان وجده صوابا أو لم یتبین خطؤه أمضاه ان کان یعتقد أهلیته کما یجوز له إمضاؤه من غیر فحص و لا یجوز له الا إذا علم علما قطعیا بفساده لمخالفته إجماعا أو نص أیه أو خبراً متواترا صریح الدلاله و لا یجوز له نقضه فی غیر هذا و ان کان مخالفا لرأیه فی المسائل الاجتهادیه النظریه بل و ان کان مخالفا لدلیل قطعی نظری کإجماع علی طریقه الکشف أو خبر محفوف بالقرائن و الأمارات إذ مثل هذا یختلف باختلاف الانظار فرب شخص یستفید العلم من اماره لا یستفید الظن منها غیره فالحکم

استند إلى أمثال هذا لا يجوز نقضه، و منه يعلم ماده «۱۷۳۸» إذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم ليس موافقا لأصوله المشروعه- و طلب استيناف الدعوى بحق الحكم فان كان موافقا- يصدق و لا يستأنف و مثلها (۱۸۳۹)- يدقق الإعلام فإن كان موافقا- يصدق و الا ينقض.

و تحرير هذا البحث ان الأصل المستفاد من العمومات و الأدله القطعيه ان حكم الحاكم الجامع للشرائط لا يرد و ان الراد عليه راد على اللّه عز شأنه فيجب العمل به مهما أمكن حتى على الحكام الآخرين فضلا عن سائر المكلفين إلا إذا علم فساده و عدم مطابقته للأصول الشرعيه فلو ادعى المحكوم عليه ان الحكم الذى عليه هو من هذا القبيل لا محيص من إجابته و رفع القضيه إلى حاكم أو حكام آخرين لينظروا فيه و يفحصوه و يمحصوه فان كان موافقا يعذروه و الا نقضوه، و لعل الأول من قبل ما يسمى اليوم بالاستئناف و الثانى بالتمييز و كذلك لو ادعى المحكوم عدم أهليه الحاكم للحكم بفسق أو عدم اجتهاد أو تقصير فى مقدمات النظر فى الدعوى أو فسق الشهود فى كل هذه الصور يصح المحكوم مدعيا و عموم البينه على المدعى يقتضى سماع دعواه فاما ان يثبتها فينقض الحكم أو يعجز فيبقى الحكم على ما كان، هذا هو مقتضى القواعد و لكن منع بعضهم من سماع هذه الدعاوى استناداً الى ان فتح هذا الباب موجب للطعن فى الحكام فيحصل فتق يعسر رتقه فى الإسلام و هو معارض بان سده

أیضا قـد یوجب غدرا فی الحقوق و حیفا لا یمکن تلافیه و علی تقدیر السـماع ففی دعوی عدم الأهلیه یکون المحکوم له مدعیا و علیه إثبـات الأـهلیه، و فی دعوی الفسق أو الجور أو الخطأ و فسق الشـهود فـالمحکوم علیه هو المـدعی و علیه الإثبـات الاـ ان یکون هو الـذی اختـار ذلـک الحاکم للمرافعه فیلزمه الالتزام بحکمه و حمله علی الصـحه کما انه لو دفع الـدعوی قبل الحکم أو بعده و أثبت امرا یوجب سقوط تلک الدعوی یبطل الحکم طبعا کما فی ماده (۱۸۴۰) یصح دفع الدعوی قبل الحکم و بعده الی آخرها.

و بقی فی المقـام أمر مهم لم تتعرض له المجله و هو مـا یترتب علی تبین بطلاـن حکم الحاکم فنقول: انه إذا تبین بطلان الحکم فاما ان یکون قبل العمل به فلا شـی ء و اما ان یکون بعـده فان کان فی حـد من قتل أو قطع أو غیرهما أو فی مال أو فی عقـد أو حل عقـد (ففی الأول) إذا لم یکن مقصـرا فلا قصاص علیه و یلزم الدیه من بیت المال لتخیر المشـهود: ما أخطأت القضاه فی دم أو قطع فعلی بیت مـال المسـلمین الاـ ان المحکوم علیه لو کـان عالمـا بفسـاد دعواه و أغری الحـاکم بالحکم کان علیه القصاص للتسبب الـذی هو هنـا أقوی من المباشـر، و فی [الثـانی] ان کـان المـال موجودا استرد و ان کـان تالفـا فـان کان المحکوم له قد استهلکه ضمن، و ان کان غیره فمع علمه یضمن أیضا للتسبب أیضا و الا فقیل ان ضمانه علی بیت المال و هو مشکل لاختصاص الخبر المتقدم بالدم و نحوه نظراً لقاعده لا یطل دم امرء مسلم، و حینئذ لا ضمان

على المحكوم له و لا ـ على الحـاكم لعـدم تقصـيره حسب الفرض و هو مأذون شـرعا، و خبر عبـد الرحمن بن الحجاج فى قضـيه ربيعه الرأى و قول الأـعرابى له انه فى عنقـك و تصـديق الامـام الصادق سـلام الله عليه للأعرابى و قوله «ع» كل مفت ضامن غير صريح بما نحن فيه بل لعل المراد منه المفتى المقصـر كربيعه الرأى و الحاصل هو قضيه فى واقعه لا يمكن إطراء العمل به، و منه ظهر انه لو ثبت كون الحاكم مقصراً أو جائرا متعمدا فى القضاء أو مقدماته كان الضمان عليه نفسا أو مالا- إلا إذا كان المحكوم له هو المباشر مع علمه فان الضمان عليه لان المباشر هنا أقوى من السبب، اما العقد فينفسخ و لو كان نكاحا فهو شبهه و الطلاق و نحوه يبطـل و تعود الحـاله الاولى اما لو كان الحكم فى مال و كان مقصـرا فمع وجوده يسترد و مع تلفه يتخير المحكوم عليه بين الرجوع على الحاكم لانه مسبب و على المحكوم له ان كان هو المتلف و على المتلف ان كان غيره.

الباب الرابع فى (بيان المسائل المتعلقه بالتحكيم)

ماده «۱۸۴۱» يجـوز التحكيم فى دعـاوى المـال المتعلقه بحقـوق النـاس،،، قاضـى التحكيم هو خصوص الحـاكم الـذى تراضـى الخصمان على

حکمه مطلقا و تخصیصه بالمال لا وجه له بل لو تراضیا علیه فی دعوی قتل أو عرض أو نکاح أو طلاق جاز بل أصل تشریعه فی الکتاب المجید فی تخصم الزوجین و نشوز کل منهما أو أحدهما علی الآخر فابعثوا حکما من أهلها و حکما من اهله،،، و قد اعتبر أصحابنا رضوان اللّه علیهم فی قاضی التحکیم جمیع الشروط فی مطلق القاضی النافذ الحکم سوی التولیه من الامام فی أیام حضوره بسط یده حتی قال بعض اعلام علمائنا ما نصه: و اعلم ان قاضی التحکیم لا یتصور فی حال الغیبه لأنه ان کان مجتهدا نفذ حکمه بغیر تحکیم و الا لم ینفذ حکمه مطلقا إجماعا و انما یتحقق مع جمعه للشرائط حال حضوره علیه السلام و عدم نصبه- و قد تحرر من ذلک ان الاجتهاد شرط فی القاضی فی جمیع الأزمان و الأحوال و هو موضع وفاق. و هل یشترط فی نفوذ حکمه تراضی الخصمین به بعده قولان أجودهما العدم عملا بإطلاق النصوص انتهی.

و أقول ان هذا الکلام الأخیر موضع عجب إذ بعد فرضه مجتهدا جامعا للشرائط فما معنی اعتبار رضاهما بحکمه بعد الحکم؟ فان حکم المجتهد نافذ علی کل أحد و ان لم یتراضیا و یلتزما بالانقیاد لحکمه فکیف و قد رضیا به و التزما بتحکیمه و لا معنی لتحکیمه الا التزامهما بالعمل بحکمه فتدبره و ان کان واضحا، و مما ذکرنا ظهر انه لا وجه علی أصولنا لما فی ماده (۱۸۴۲) حکم المحکم لا یجوز و لا ینفذ إلا فی حق الخصمین اللذین حکماء- الی آخرها، بل لازم

فرضه مجتهدا جامعا فحكمه نفوذ حكمه على كل أحد كسائر أحكامه اما بقيه مواد هذا الباب فهى صحيحه و واضحه،،، و اعلم ان ما ذكرناه فى القضاء من المباحث تبعا للمجله أو استدراكا عليها و ان كانت واسعه و جامعه و لكنها من باب التمثيل بالنسبه الى ما ذكره فقهاؤنا فى المبسوط من مؤلفاتهم كقطره من نهر، أو جره من بحر، و قد بقيت أبحاث مهمه فى الحكم و القضاء و الحاكم كقضيه جواز أخذ الأجره له أو الارتزاق من بيت المال، و احكام الشهاده و الشهود كشهاده الفرع و نحو ذلك لم نتعرض لها تبعا لإهمال المجله لها، كما أنها أهملت بعض الكتب المهمه من المعاملات مثل كتاب القرض اى الدين، و غير المهمه مثل السبق و الربيه، و كان عزمنا عند الشروع فى تأليف هذه المجموعه ان نتوسع فى مباحثها و نستدرك ما فات المجله على وجه مبسوط بحيث يكون مجموعه سته أجزاء أو ثمانيه و لكن ظروف الحرب القاسيه، و أزمه الورق العانيه بل أزمه كل شى ء هى التى حالت بيننا و بين ذلك العزم فقصرناه على أربعه أجزاء و قد عزمنا بتوفيقه تعالى و معونته ان تجعل لهذا الجزء الأخير ملحقا نستدرک به ما فان (المجله) من الكتب المهمه العامه البلوى التى يحتاجها القضاه و المحامون و الحكام أشد الحاجه، و هى ما يسمونها اليوم «بالأحوال الشخصيه» و ان لم يتضح وجه التسميه و لكنها جد جديره بالعنايه لعموم الابتلاء بها لعامه البشر و هى النكاح و ما ينضم فيه من الهور و العيوب و الأولاد و النفقات و غيرها و الطلاق

و ما يلتحق به من الخلع و المبارأه و الظهار و الإيلاء و العدد و غيرها و الوصيه و الدين و الوقف كل ذلك على سبيل الإيجاز في مواد و فصول على نهج ترتيب المجله- و هذا فراغ واسع كان في ثقافتنا و فقهائنا لعل البارى أراد ان يوفقنا لسده و القيام بما فيه الكفايه منه إن شاء اللّه و ما توفيقى إلا باللّه عليه توكلت و اليه أنيب

(استدراک) تقدم فی ماده (۱۷۸۴) صفحه (۱۷۹) من هـذا الجزء و ماده (۱۷۸۶) ان الحکم عباره عن قطع الحاکم المخاصـمه و ذکرنا فیما سبق هذه الماده ان الحکم هو القول الصادر لحسم الخصومه و کلا التعبیرین غیر سدید لأنهما یشعران بان الحکم

مخصوص بما تسبقه خصومه مع ان الحكم أعم من ذلك و لا يلزم فى حقيقه تحقق خصومه معه كما فى الحكم بالأهله و النسب و الوقف فى بعض فروضه و كثير من أمثال ذلك، فالأصح فى الإشاره إلى حقيقه الحكم و جوهر معناه العام انه تشخيص موضوع أو وصف ذى أثر شرعى ممن له أهليه ذلك شرعا، فالحكم بالهلال مثلا تشخيص موضوع ذى أثر شرعى و هو ان اليوم المعين هو أول يوم من شهر رمضان فيجب على الناس صيامه أو انه أول يوم من شهر شوال فيجب عليهم إفطاره و يحرم صيامه، و كذا الحكم بان الشخص المعين هو ابن فلان فيرث كل منهما الآخر الى كثير من أمثال هذا مما لا خصومه فيه أصلا، و كذلك الحكم فى موارد الخصومه كما لو حكم عن هذا المال لزيد و الدار لعمرو بعد التخاصم أو ان خالد مشغول الذمه لفلان بألف دينار و هكذا سائر موارد الخصومه و الحكومه فإن مرجع الجميع الى تعيين موضوع أو وصف موضوع سواء قارنه أو سبقته خصومه أم لا فتدبره جيداً

الجزء الثانی القسم الثالث

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

[المدخل]

الحمـد للّه و کفی و سـلام علی عبـاده الـذین اصـطفی «و بعـد» فهـذا هو [الجزء الخـامس] الـذی عزمنـا بتوفیقه تعـالی ان نلحقه بالاجزاء الأربعه التی اسـتوفینا بها (تحریر المجله) و یتکفل هـذا الجزء أیضا بما لم تـذکره المجله أصـلا و یسـتدرک ما فاتها من عقود الأنکحه و الطلاق و اقسامه و احکامه و العدد و النفقات و أنواعه و توابعه کالظهار و اللعان و الإیلاء ثم الوصـیه و الدین و الوقف، إذاً فهو یشتمل علی خمسه کتب «۱» النکاح «۲» الطلاق و أنواعه و توابعه «۳» الدین «۴» الوصیه «۵» الوقف

کتاب النکاح

اشاره

تمهیـد و مقدمه فی مبدأ الحیاه العائلیه و تکوین الأسـره من المعلوم لکل ذی لب ان مبدأ الحیاه الزوجیه هو اقتران الرجل بالمرأه و به تتکون الأسره بالاسره تتکون الأمه و بالأمم

تتکون القافله البشریه.

و حذراً من الانتشار و الفوضی و ضیاع الغرض المقصود منه جعلت له الشرائع السماویه حدوداً و قیودا کی لا یکون ذلک الاقتران عطلا کقران البهائم تضیع فیه الأنساب و لا تتکون الأسر منه و العائلات فاللازم «أولا» معرفه حقیقه هذا القرآن و جوهر معنی الزواج بأسلوب بکر لم یسبق الیه، فنقول: لعل أصح تعبیر و أقربه إلی الکشف عن هذه الحقیقه الغامضه و العلاقه الخاصه ان یقال: انها کمال ثانوی طبیعی للإنسان، و إیضاح هذا یحتاج الی فضل بیان- هو ان الإنسان ذکرا کان أو أنثی یکاد یکون بالنظر الی وجوده الشخصی و هیکله المحسوس قد خلق ناقصا فی حد ذاته یعنی خلق نصفا خداجا، و شقا محتاجا، فهو لأجل الغایه التی خلق من أجلها فی حاجه ماسه إلی شق آخر یستکمل به و یعتدل بانضمامه إلیه کی یحصل له بذلک الاعتدال و التوازن فهو مثل کفه المیزان واحد مصراعی الباب ما لم یقترن بالکفه الثانیه و المصراع الآخر لا ینال حظه من التوازن و الاستقامه، و لا یترتب علیه الفائده و الثمره المقصوده منه فاعتداله و توازنه منوط بضم عدله الیه و اقتران شقه الثانی به حتی یکمل وجوده، و یعتدل وزنه، و الا بقی شقا مائلا، و نصفا عاطلا، و لأجل أن یندفع الی طلب استکماله و یرغب و یجتهد فی تحصیل اعتداله- أودع الصانع الحکیم فی غریزه نوعه تلک الحاله الغریبه بل الجذوه الملتهبه الی القران الجنسی

المودع فی غریزه کـل حیوان بـل کـل حی فضـلا عن الإنسـان، و لکن الإنسـان بالأـخص لاـ یکمـل و لاـ یتم الا بتلک العلاقه و الإضافه التی هی من مقوله (الجده) من المقولات العشر المعروفه و لیست الحکمه و الغایه من الاقتران للإنسان هی حفظ النوع و بقاء النسل فقط کما یقال بل هو أحد الغایات کما فی سائر الحیوانات بل هنا ما لا یقل عن هذه الغایه- نعم هنا غایه سامیه اخری و هی ان الإنسان الـذی یقولون انه مـدنی بالطبع- لشد ما یحتاج الی التعاون طلبا للحیاه السـعیده و لا یحصل ذلک الا بالاسـره و العـائله إذاً فالزوجیه سـعاده الحیاه، و کمال طبیعی للإنسان، و من هنا تجـد عامه الشـرائع السـماویه فضـلا عن انـدفاع عامه البشـر بطباعها الیه- قـد ندبت الیه و جعلته ناموسا من نوامیسـها و أصـلا من أصولها بین مغال جعله واجبا کما عن الموسویه، و متساهل به کمـا تری من المسـیحیه الـتی جعلت الرهبـانیه و التبتـل و عزله أحـد الجنسـین عن الآـخر عبـاده و زلفی و حفـظ اللّه الشـریعه الإسـلامیه المقدسه فقد جاءت وسـطا بین هاتیک الشریعتین کما هو شأنها فی کل تشریعاتها و أحکامها فلم تجعل له حکما عاما باتا بل أعطت کل فرد حریته حسب ظروفه و أحواله الشخصـیه فقـد یکون راجحا فی حق واحد الی حد الوجوب و فی حق آخر مرجوحا الی حـد الحرمه و قـد یکون لآخرین مسـتحبا أو مکروها، و لا تحسب ان حرمته أو وجوبه أو رجحانه تثبت له من حیث ذاته و حسب صرف طبیعته فان حکمه من هذه الناحیه الرجحان

ابدا، و انما تتعاور عليه تلك الاحكام من حيث العوارض و الأحوال المكتنفه بالشخص الخاص فلا يحرم الا على العاجز الذى لا يقدر على اعاشه عياله و هو مع ذلك غير شديد الرغبه، أو المريض بالأمراض الساريه الذى قد تنشأ منه أسره تضر بالمجتمع فيمنع من التوالد دفعا للضرر العام، كما انه لا يجب الا على الشخص الصحيح المتمكن الذى يخشى لو ترك عقد النكاح ان يقع فى السفاح، و هناك البلاء المبرم عليه و على الأمه به، [عافى اللّه شبابنا من ذلك البلاء، و حرسهم من تلك الأدواء] اما إذا تجرد من تلك الخصوصيات فهو راجح شرعا و عقلا بأعلى مراتب الرجحان، و من هنا تعرف ان الزواج يقع برزخا بين المعاملات و العبادات فمن حيث انه محبوب للّه عز شأنه و قد حث عليه بل أمر به الكتاب العزيز و السنه النبويه التى تقول: من تزوج حفظ نصف دينه بعد قوله تعالى وَ أَنْكِحُوا الْأَيامى مِنْكُمْ، و فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ، فهو عباده و من حيث لزوم العقد فيه و جواز الفسخ بالعيوب و لزوم المهر و النفقه و حليه الاستمتاع بإزاء ذلك أشبه المعاوضات و المعاملات و ان لم يكن منها تماما، و ظهر أيضا من كل هذا ان عقد النكاح و الطلاق الذى هو حلّ له متعاكسان من حيث ذاتهما حكما فذاك محبوب ابدا و هذا مبغوض ابدا و لا يقع شى ء منهما مباح ابدا اى لا يقع واحد منهما بحد الوسط بل كل منهما اما راجح واجبا أو مستحبا، أو مرجوح حراما أو مكروها، و فرض التعادل بالكسر و الانكسار نادر بل معرفته مستحيله

عـاده، و عله الحـدوث عله البقـاء طبعا فافهم و ما ذكرناه فى التعبير عن تلك النسـبه الخاصه بأنها كمال طبيعى للإنسان لم نجـده لأحد مع انه حقيقه ارتكازيه، و قد عرفت ان الشـرائع السـماويه جعلت لحدوث تلك العلاقه أسـبابا خاصه إذا لم تنتظم بحدود و قيود جاءت الفوضـى و انحلت روابط الهيئه الاجتماعيه و تداعت دعائمها من اسـها، و عاد الإنسان بهيمه و الشرائع تريد ان تجعله ملاكـا، فلاـ بـد إذاً لحصول تلـك العلاقه الخاصه التى يصـير بها الفرد زوجا، و الإنسان الناقص كاملا- من أسـباب خاصه تكون كـالعله الموجوده كمـا ان لهـا بعـد تحققهـا و وجودهـا أحكاما تترتب عليها تكون كالعله المبقيه لها، و لا تتحصل تلك الإضافه الخاصه بين الحر و الحره إلا بالزواج و عقد النكاح اما بين غيرهما فتحصل به و بسبب آخر و هو ملك اليمين إذا فحليه الوطء لا تحصل شرعا إلا بأمرين الزواج- و الملك: و الحافظون فروجهم الا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم، و لكل واحد منهما مرتبه قويه. و اخرى ضـعيفه، فمرتبه النكاح الضـعيفه- العقد المنقطع، و مرتبه الملك الضـعيفه التحليل و كل منهما ثابت بالدليل، و قد أقمنـا فى مؤلفاتنا الشـهيره المنشوره البراهين القاطعه على مشـروعيه العقـد المنقطع بآيه: فما اسـتمتعتم به منهن و عـدم نسـخها لا بكتاب و لا سـنه، نعم و مرتبه النكاح القويه هو العقد الدائم كما ان مرتبه الملك القويه هو ملك الرقبه، و حيث ان ملك اليمين موقوف على الرق و قد أبطلوه فى هذه العصور و لا يقع

الا نادراً و كان فی زمن التشریع کثیرا و من اجله کثر یومئذ اتخاذ الإماء و الجواری، و اقتناء أمهات الأولاد و السراری، و اتسع ذلک باتساع الفتوح الإسلامیه، و بالطبع ان کثره الابتلاء تستدعی کثره الاحکام و من هنا تکثرت الفروع فی الشرع و توفرت الاحکام للعبید و الجواری و عقد الفقهاء لذلک أبوابا و کتبا مطوله و أبحاثا مفصله، مثل کتاب نکاح الإماء و العقد علیهن و الوطی بملک الیمین و التحلیل و احکام أمهات الأولاد و کتاب التدبیر و العتق و المکاتبه و ما الی ذلک من مهمات کتب الفقه التی لاـ موضوع لها الیوم الا من ناحیه علمیه، لا تصل إلی ناحیه عملیه، و أصبح البحث عنها أشبه بالفقه التاریخی و حیث اننا لا نرید بکتابنا الا ما یحتاج إلیه فی مقام العمل لم نتعرض لذکر شی ء منها الا ما یجی ء عفوا و یأتی استطرادا إذاً فالمهم من کتاب النکاح نوعاه الدائم- و المنقطع فهاهنا ثلاث مراحل

المرحله الاولی (فی الأحکام المشترکه بین النوعین و لا بد من تمهید مقدمه)

اشاره

اعلم ان لفظ الزواج و النکاح صار کل واحد منهما عند الشرع و المتشرعه اسما للعقد الذی تحدث منه تلک العلقه الخاصه التی یعبر عنها بالزوجیه، و من هنا قیل ان کل ما ورد فی القرآن لفظ

النكـاح و مـا يشـتق منه فـالمراد به العقـد الا فی قوله تعالی فَإِنْ طَلَّقَها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّی تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، فان المراد منه الوطی عن عقد، و معنی هذا ان النكاح صارت له حقيقه شـرعيه فی العقد بحيث متی أطلق أو وجد مسـتعملا فی الكتاب و السنه يحمـل علی العقـد الاـ ان تقوم قرينه علی خلافه من آيه أو روايه أو إجماع كما فی الآيه المتقـدمه و القرينه أعم من المتصـله و المنفصـله، و سواء صـحت تلك الكليه أم لا فقد وهم بعض أهل العصر فی محاضرات له فجعل المراد من النكاح فی قوله تعالی وَ لا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ هو الوطء و المراد منه فی قوله تعالی حَتّی تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ هو العقد- مع ان القضـيه معكوسه اتفاقا ..

و حيث اتضح ان النكاح هو العقد فاللازم ذكر صيغته و ألفاظه و شروطه و اقسامه و احكامه و ما يترتب عليه من الآثار المشتركه بين نوعيه اعنی العلاقه المرسله المطلقه و هی الزوجيه الدائمه و العلاقه المفيده المحدوده و هی الزوجيه المنقطعه أی المتمتع بها و استيعـاب البحث فی العقـد يسـتدعی النظر فی أركـانه العاقـد و المعقوده و المعقود له اما المهر فليس من أركان العقـد بل فی حاشيته و من لوازمه ففی هذه المرحله فصول.

الفصل الأول (فی العقد)

«١» عقد النكاح عباره عن الإيجاب من طرف الزوجه و القبول من طرف الزوج

و صیغته المتفق علیها زوجت أو أنكحت و یصح عند الإمامیه بصیغه متعت و یشترط فیها وقوعها بهیئه الماضی و مع قصد الإنشاء و التنجیز و المطابقه بین الإیجاب و القبول و الموالاه بینهما و الاختیار

«٢» لا یقع عقد النكاح بالمعاطاه قطعا

بل هو الزنا المحض

«٣» تقوم إشاره الأخرس مقام العقد

إذا كانت مفهمه عن مراده

«۴» لا ینعقد عقد النكاح بالهبه و التملیک و الإباحه

و الإجاره و لا بشی ء من العقود مهما كانت.

«۵» لا یلزم تقدم الزوجه بالإیجاب

أو من یقوم مقامها بل یصح ان یقول تزوجتک بكذا فتقول قبلت

«۶» المشهور اعتبار العربیه فی العقد

فلا تكفی الترجمه مهما كانت و هذا هو الأحوط و ان كان الأقوى صحه عقد كل قوم بلسانهم.

الفصل الثانی (فی العاقد)

«٧» یشترط فی طرفی العقد [البلوغ و العقل]

ان يكون كل واحد منهما

سواء كان موجبا أو قابلا لنفسه أو لغيره عاقلا بالغا قاصدا مختارا ان كان لنفسه غير محرم و لا عابث و لا هازل

«۸» لا يعتبر فى العاقد من حيث أجزاء صيغه العقد رشد و لا اختيار و لا حرمه و لا ذكوريه

فيصح عقد السفيه لغيره مطلقا و لنفسه بإجازه الولى كما يصح عقد المكره على اجراء العقد لغيره و كذلك عقد العبد اما عقده لنفسه فموقوف على اجازه المالك، و للمرأه ان تعقد لنفسها و لغيرها

«۹» للموجب ان يرجع عن إيجابه قبل لحوق القبول

فلو رجع فلا اثر للقبول بعده و كذا لو جن أو أغمى عليه، و الإيجاب قبل اتصال القبول به كالعقد الجائز بعد تمامه يجوز نقضه اختيارا و ينتقض بالجنون و الإغماء قهراً و بالنوم و الغفله على الأحوط، كما ان الأحوط بقاؤهما معا على الشرائط إلى تمام العقد.

ثم ان العاقد ان عقد لنفسه فتلك الشرائط كافيه و ان عقد لغيره فاما ان يكون وليا أو وكيلا أو أجنبيا ففى هذا الفصل ثلاثه مقاصد

(الأول فى أولياء العقد)

(۱۰) أولياء العقد فى الدرجه الأولى الأب و الجد للأب معا

ان كانا موجودين و الا فالموجود منهما و فى الدرجه الثانيه منصوبهما و فى الثالثه أى عند فقد الجميع فحاكم الشرع.

(۱۱) الأب و الجد ولى إجبارى بجعل الهى

و لكن بشرط ان يكونا عاقلين رشيدين مسلمين حرين فلو كان أحدهما سفيها أو مجنونا أو كافرا اختصت الولايه بالآخر و لو كان أحد الموانع فى كل واحد

منهما فالولايه لحاكم الشرع.

(۱۲) ولايه الأب و الجد انما هى على الصغيرين مطلقا

فلو بلغ الصبى عاقلاـ رشيدا زالت ولايتهما عنه و لو عرضه الجنون بعد ذلك أو السفه كانت الولايه عليه لحاكم الشرع و كذا الصبيه.

[۱۳] الكبيره إذا كانت عاقله رشيده

فإن كانت ثيبا فلا ولايه لأحد عليها و ان كانت بكرا فأقوال الفقهاء فيها كثيره من حيث زوال ولايه الأب و الجد عليها و عدم زوالها و أصحها ان صحه العقد موقوف على رضاها و رضا وليها فلا يصح الا برضاهما معا و لو تشاحا فحاكم الشرع.

«لا يجوز للولى أن يعضل الكبيره مطلقا اى يمنعها من التزويج بالكفو نعم له منعها من المتعه ان كان غير لائق بشأنه».

«۱۵» ولايه كل من الأب و الجد مستقله

فلو سبق أحدهما بالعقد الصحيح نفذ و ليس للآخر فسخه و لو اقترنا بطلا معا مع التنافى

«۱۶» ولايه الأب و الجد أشبه بالحكم فلا تسقط بالإسقاط

و لاـ تقبل الانتقال بالمصالحه عليها بمال نعم يصح فيها التوكيل من كل واحد منهما فى حياته كما يصح نصب قيم عليه بعد وفاتهما فان عدل ثبت و الا عزله الحاكم و نصب غيره.

«۱۷» حاكم الشرع هو الولى على الصغيرين حيث لا ولى إجبارى و لا منصوبه

فان شاء الحاكم ان يتولى أمرهما بنفسه جاز و الا نصب قيما عليهما و إذا وجد الغبطه فى العقد لهما صح.

«١٨» المشهور عند الفقهاء ان عقد الولی للصغیر لازم

فإذا بلغ لیس له فسخه مطلقا و عندنا انه انما یلزم مع الغبطه للصغیر فلو بلغ أو بلغت و وجدت عدم المصلحه له أو لها فی ذلک العقد رفعت أمرها إلی الولی العام فإن أثبتت ذلک کان لها أو له الفسخ و لا مهر لانه فسخ لإطلاق.

(ولایه المولی علی مملوکه)

«١٩» المالک له الولایه علی مملوکه عبدا أو جاریه

و ولایته مقدمه حتی علی ولایه الأب و الجد و الحاکم من غیر فرق بین الذکر و الأنثی و هی ولایه سلطنه و قهر اما بقیه الأولیاء فولایتهم ولایه غبطه و مصلحه و رعایه و حسبه حتی الأبوین فلیس لهم التزویج الا بمهر المثل فما زاد من طرف الزوجه أو نقص من طرف الزوج مع رعایه الغبطه و المصلحه بخلاف المولی مع مملوکه.

«المقصد الثانی فی الوکیل»

[٢٠] یصح للذکر و الأنثی أو ولیهما ان یوکلا معا أو أحدهما أجنبیا علی العقد

فان عینا شخصا أو مهراً أو وقتا أو شرطا تعین علیه ما عیناه و لو أخل بشی ء منه وقع فضولیاً، و ان کانت الوکاله مطلقه و الأمر مفوض الیه لزم عقده کیف ما أوقعه و لیس للموکل نقضه إلا إذا کان بدون مهر المثل أو خلاف المصلحه لأن الإطلاق

ينصرف الى الصالح.

«٢١» يلزم على الوكيل هنا تعيين الزوج و الزوجه فى متن العقد

لأنهما الركنان كما يلزم تعيين الثمن و المثمن فى البيع اما المهر فان عينه أحدهما أو كلاهما تعين ذكره فى العقد أيضا و الا فله ان يعينه حسب ما يرى إذا لم ينقص عن مهر المثل

«٢٢» صيغه العقد بالوكاله

أن يقول الوكيل عن الزوجه للزوج زوجتك موكلتى فلانه على مهر كذا فيقول قبلت الزواج لنفسى بالمهر المذكور و ان كان العقد مع وكيل الزوج يقول زوجت موكلتى فلانه من موكلك فلان على مهر كذا فيقول قبلت لموكلى فلان بالمهر المزبور و لو قال قبلت و قصد لموكله و لم يذكره لفظا فالأقرب الصحه.

«٢١» للموكل زوجا أو زوجه أن يعزل الوكيل

قبل ان يوقع العقد اما بعد وقوعه فلا اثر للعزل

«٢٢» لو وكل أحدهما على العقد من شخص معين

ثم عقد الموكل نفسه على غيره صح و بطلت الوكاله طبعا

«٢٣» لا يجوز فى الوكاله المطلقه ان يتزوجها الوكيل الا مع القرينه على الرضا

أو عموم فى اللفظ و الا فهو فضولى موقوف على الإجازه و يجوز هنا اتحاد الموجب و القابل كما فى غيره من العقود

«٢۴» إذا زوجها أحد الوكيلين من شخص و الآخر من آخر صح السابق

و ان اقترنا بطلا مع التنافى و الا تأكد و مع الشك فقيل بالبطلان و قيل بالقرعه، و الطلاق ثم تجديد العقد هو الأحوط:

(المقصد الثالث) (فی الفضولی)

«۲۵» کل عقد صدر من غیر الزوج و الزوجه و لا من ولیهما أو وکیلهما فهو فضولی

یتوقف علی اجازه المعقود له فإن أجاز صح و الا بطل

«۲۶» یشترط التطابق بین العقد و الإجازه

فلو وقع العقد علی مهر و الإجازه علی مهر آخر أو وقع علی شرط فأجازه بشرط آخر أو بغیر شرط لم یصح

«۲۷» یشترط فی العاقد الفضولی جمیع الشروط المتقدمه فی مطلق العاقد

من البلوغ و القصد و العقل و غیرها فلو فقد واحداً منها لم یصح و لم تنفع الإجازه

«۲۸» لو زوج بزعم کونه وکیلا أو ولیا

و لم یکن کذلک واقعاً لم ینفذ عقده إلا بالإجازه و لو عقد بزعم کونه فضولیا فانکشف انه ولی أو وکیل نفذ بلا اجازه

الفصل الثالث (فی المعقود له)

«۲۹» المعقود له زوجا أو زوجه ان کان کبیراً اعتبرت فیه بقیه الشرائط

من الغفل و الرضا و الاختیار و غیرها و ان کان صغیراً و الولی یعقد له لم یعتبر فیه شی ء بل یکفی اجتماع الشروط

فی الولی و العاقد نعم یعتبر فی الزوجین مطلقا شروط اخری

«٣٠» أهم الشروط بین الزوجین عدم وجود سبب من أسباب الحرمه بینهما

و أسباب التحریم کثیره أعظمها و أهمها ثلاثه- النسب- المصاهره الرضاع إذاً فهاهنا ثلاثه مقاصد.

(المقصد الأول) (فی النسب)

اشاره

قال جل شأنه. وَ هُوَ الَّذِی خَلَقَ مِنَ الْمٰاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً و صهرا و النسب علاقه تحدث بین اثنین بسبب تولد أحدهما من الآخر أو تولدهما من ثالث و المحرم منه هو العناوین السبعه المذکوره فی کریمه قوله تعالی. حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهٰاتُکُمْ وَ بَنٰاتُکُمْ وَ أَخَوٰاتُکُمْ وَ عَمّٰاتُکُمْ وَ خٰالاٰتُکُمْ وَ بَنٰاتُ الْأَخِ وَ بَنٰاتُ الْأُخْتِ.

«٣١» الام کل امرأه ولدتک أو ولدت من ولدک

فتدخل الجدات من الطرفین و ان علون «البنت» کل أنثی ولدتها و ان نزلت (الأخت) کل أنثی ولدها من ولدک بلا واسطه،،، (العمه) أخت کل ذکر ولدک و ان علا «الخاله» أخت کل أنثی ولدتک و ان علت، و (بنات الأخ و بنات الأخت) الإناث اللاتی ولدن ممن ولد معک و ان نزل، و الضابطه المختصره الجامعه لهذه العناوین ان تقول: یحرم علی الإنسان کل قریب له الا بنات العمومه و الخؤوله

«٣٢» یکفی فی تحقق النسب هنا أی فی باب التحریم مجرد الولاده

و لو عن زنا فلو ولـدت بنت من الزنا حرمت عليه كبنته من الحلال لأنها خلقت من مائه و كـذا سائر العناوين المتقـدمه و لا يثبت بالزنا شی ء من آثار النسب غير هذا.

«المقصد الثانی» (فی المصاهره)

«۳۳» المصاهره علاقه تحدث بين شخص و جماعه آخرين بسبب العقد فقط

أو هو و الدخول و يحرم به مؤيداً دواما و انقطاعا ثلاثه أصناف «۱» زوجه الأب و ان علا لأم أو أب على الابن و ان نزل لابن أو بنت «۲» زوجه الابن على أبيه (وَ حَلائِلُ أَبْنائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ) أی دون من يتبناه الرجل من أولاد غيره- العاده التی أبطلها الإسلام «۳» أم الزوجه و ان علت لأب أو أم.

(۳۴) يحرم مؤبداً بالعقد مع الدخول صنف واحد و هو الربيبه

ای بنت زوجته من غيره فلو عقـد على الام و فارقهـا قبل الـدخول لم تحرم عليه بنتها لقوله تعالى وَ رَبائِبُكُمُ اللَّاتِی فِی حُجُورِكُمْ مِنْ نِسائِكُمُ اللَّاتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ

(۳۵) يلحق بالمصاهره الوطء فتحرم أم الموطوءه و بنتها على الواطئ و لو بالزنا

فمن وطئ امرأه بشـبهه أو زنـا فليس له ان يتزوج أمها أو بنتها و ليس لابنه و لا لأبيه ان يتزوجها، اما مملوكه الأب فلا تحرم على الابن و كذا العكس إذا لم يكن قد وطأ أو لمس أو

نظر بشهوه بنحو الاستفراش

(۳۶) انما يحرم الوطء إذا سبق العقد

امـا لو لحقه فلاـ اثر له فمن تزوج امرأه ثم زنى بهـا أبوه أو ابنه أو زنى هو بأمهـا أو بنتهـا أو وطـأ أخاهـا اثم إثمـا فظيعا و لكن لا تحرم زوجته عليه لقاعده (الحرام لا يحرم الحلال) بخلاف الرضاع كما سيأتى و سر الفرق دقيق

(۳۷) لا فرق فى الوطء المحرم هنا بين الوطء فى القبل أو الدبر

و فى النوم أو اليقظه و الاختيار أو الاضطرار حلاله أو حرامه كالوطى فى الحيض أو الإحرام مع بلوغها و عدمه.

«المقصد الثالث» (فى الرضاع)

(۳۸) المذكور من الرضاع فى الكتاب الكريم نوعان

(وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِی أَرْضَعْنَكُمْ وَ أَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَهِ) و لكن السـنه النبويه ضـربت فى الرضـاع قاعـده كليه و هى من جوامع الكلم.

(الرضاع لحمه كلحمه النسب) و أوضحته بفريده اخرى.

(يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) فالأول ناظر الى جعل الموضوع و الثانى إلى الحكم فتدبره.

«۳۹» اختلف أرباب المذاهب فى المقدار المحرم من الرضاع

أى الذى يحصل به العنوان الرضاعى المماثل للعنوان النسبى من

العناوين السبعه- بين مقل و مكثر فبين من اكتفى بالمسمى و قدره بما يفطر به الصائم و لكن لا قائل بهذا من الإماميه نعم ينسب إلى الإسكافى من قدماء أصحابنا المتوفى سنه ۳۸۱ الاكتفاء فى التحريم برضعه واحده و فى أخبارنا ما يشهد له بل للأعم و لكن انعقد الاجتماع على عدم نشر الحرمه بأقل من العشر فقيل عشر رضعات كاملات متواليات و قيل خمسه عشر رضعه و قيل غير ذلك

«۴۰» الشارع الحكيم جعل للرضاع المحرم ثلاث علامات

«الكم» و هو العدد الخاص عشره و هو الأحوط و خمسه عشر رضعه و هو الأصح (الكيف) و هو ما شد العظم و أنبت اللحم و تشخيصه موكول الى العرف (الزمان) و هو يوم و ليله- فمتى حصل احدى هذه الحالات انتشرت الحرمه و لكن بشروط خاصه

«۴۱» يلزم ان يكون اللبن عن حمل من نكاح صحيح

فلو در اللبن من غير حمل أو عن حمل من نكاح غير صحيح شرعا فلا حرمه

«۴۲» ان يمتصه الرضيع من الثدى مباشره

فلو شربه من غير الثدى فلا اثر له مهما كان

«۴۳» ان يكون الرضاع فى حولى المرتضع

فلا اثر له بعد الحولين أصلا، اما ولد المرضعه فلا يعتبر فيه ذلك و فى النبوى: لا رضاع بعد فطام و لا يتم بعد احتلام

«۴۴» اتحاد الفحل

فلو رضع من امرأه واحده مقدارا و أكمل النصاب منها من لين فحل آخر لم يحرم

«۴۵» اتحاد المرضعه

فلو ارتضع من مرضعتين و لو كان من لبن فحل واحد فلا حرمه

«۴۶» توالى الرضعات

ان لا يفصل بين رضعه

و اخری رضاعه من امرأه أخری و لا یقدح الفصل بالأکل و الشرب

«۴۷» ان تکون کل رضعه کامله یرتوی بها الصبی

و ان تکون خالصه لم یمتزج معها شی ء فلو مازجها مائع آخر حال الارتضاع لم یؤثر

(۴۸) إذا تحققت الشرائط المزبوره تحقق الموضوع و هو العناوین الرضاعیه

المطابقه للعناوین النسبیه فصار الفحل أبا و المرضعه اما و بناتهما أخوات و أولادهم أخوه إلی آخر ما تقدم فی النسب من العم و العمه و غیرهما ثم تجی ء الأحکام و هی حرمه النکاح کما فی النسب

(۴۹) یترتب أیضا حکم آخر لا من جهه العنوان النسبی بل لدلیله الخاص و هو انه یحرم علی أب المرتضع جمیع بنات صاحب اللبن

و هو غیر أب لهن بل أب لأخیهن و لیس هو من العناوین النسبیه و فی بعض الاخبار التعلیل بأنهم صاروا بمنزله ولدک، و کذا لا ینکح أب المرتضع فی أولاد المرضعه ولاده علی الأصح و رضاعا علی قول

(۵۰) لا یحرم علی اخوه المرتضع نسبا اخوته الرضاعیون

إذ لا أخوه بینهم و انما هم إخوه أخیهم و لیس هو بعنوان نسبی الا علی عموم المنزله

(۵۲) لو رضع غلام من لبن فحل الرضاع المحرم و ارتضع آخر منها من لبن فحل آخر

حرم کل من الرضیعین علی المرأه و أصولها و حواشی نسبها و علی الفحل الذی رضع من لبنه کذلک لکن لا- یحرم أحد الرضیعین علی الآخر لعدم اتحاد الفحل فالإخوه من الام الرضاعیه لا توجب التحریم و ان أوجبته من ناحیه الأب الرضاعی فلو ارتضعا من لبن فحل واحد نشرت الحرمه بینهما و ان کان رضاعهما من زوجته

إذا أكمل كل منهما نصابه من واحده و هذا معنى قولهم (اللبن للفحل)

(۵۲) إذا ارتضع صبى من امرأه الرضاع المحرم من لبن فحل واحد

حرم عليه أولادها النسبيون و لو من فحل آخر لأنهم اخوته من امه دون الرضاعيين من الفحل الآخر فاخوه الأمومه تحرم نسبا لا رضاعا الا على عموم المنزله

(۵۳) بناء على قاعده لا ينكح أب المرتضع فى أولاد صاحب اللبن

- لو ارتضع الطفل من لبن جده لأمه سواء كان من جدته لامها أو غيرها حرمت امه على أبيه لأنها من أولاد صاحب اللبن الذى ارتضع منه، و قد عرفت ان الرضاع سابقه و لا حقه سواء فى التحريم فيحرم حدوثا و استدامه

(۵۴) إذا شک فى تحقق الرضاع المحرم

لشبهه حكميه أو موضوعيه فلا اثر له حتى يحصل اليقين بتحققه بجميع حدوده و قيوده بالمشاهده أو البينه أو بشهاده أربع نساء أو رجل و امرأتين أو إقرار المرضعه و تعديه الحكم الى غيرها بإقرارها لا يخلو من نظر،،، هذا موجز من أهم أسباب التحريم المؤبد و هى النسب و المصاهره و الرضاع التى جمعتها كريمه «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهٰاتُكُمْ إلى قوله تعالى و حَلٰائِلُ أَبْنٰائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلٰابِكُمْ»،،، و هذه الآيه من شموس البلاغه فإنها لم تقتصر على ذلك حتى ذكرت حرمه الجمع أيضا و ان تجمعوا بين الأختين و بقى عده أمور أخرى من أسباب التحريم نذكرها ضمن المواد الآتيه

«۵۵» طلاق الزوجه تسع طلقات

يتخللها نكاح زوجين ففى الطلقه التاسعه تحرم عليه مؤبدا

«۵۶» وقوع الملاعنه بین الزوج و الزوجه یوجب التحریم المؤبد

أیضا کما سیأتی فی محله

«۵۷» وطأ الذکر رجلا کان أو غلاما

یوجب تحریم الزواج بامه و ان علت و بنته و ان نزلت و أخته مؤبدا إذا سبق العقد اما اللاحق فالحرام لا یحرم الحلال

«۵۸» من عقد علی صغیره

فوطأها قبل التسع فأفضاها حرمت علیه ابدا و بقیت علی زوجیته و علیه نفقتها الی ان تموت

«۵۹» من عقد علی امرأه فی عدتها

فإن وطأها فی العده حرمت علیه ابدا عالما کان أو جاهلا و سواء کانت العده رجعیه أو غیرها و ان لم یطأها فإن عقد علیها مع علمه انها فی العده حرمت علیه أیضا أبدا و ان کان جاهلا لم تحرم علیه و له ان یعقد علیها ثانیا بعد خروجها من العده و کذلک العقد علی ذات البعل و الزنا بذات العده أو ذات البعل کل ذلک موجب للتحریم الأبدی

(۶۰) یحرم علی المحرم ان یعقد علی امرأه محله

کانت أو محرمه و یحرم علی المحرمه أن تعقد نفسها فی الإحرام علی محل أو محرم فلو عقد المحرم عالما حرمت علیه ابدا و له مع الجهل اعاده العقد بعد الإحرام.

الفصل الرابع (فی أسباب التحریم الغیر المؤبد)

اشاره

و هی اما مقیده. أو موقته. أو حرمه جمع، فهاهنا ثلاثه أنواع

(الاولی حرمه الجمع)

[۶۱] یحرم الجمع بین الأختین بالعقد مطلقا دائما أو منقطعا

فلو عقـد علی امرأه لم یصـح ان یعقـد علی أختهـا حتی یطلقهـا و تخرج من العـده ان کان رجعیا و یجوز جمع الأختین بالملک لکن لو وطأ واحده حرمت علیه الثانیه حتی یخرج الاولی عن ملکه.

(۶۲) یحرم ان یجمع بین خمس زوجات بالدائم

فلو کان عنـده اربع بطل العقـد علی الخامسه حتی یطلق واحـده منها و تخرج من العـده ان کان رجعیا اما المنقطع و ملک الیمین فلا حد لهما.

[۶۳] لو أسلم الکافر علی أکثر من اربع

تخیر أربعا و حرم علیه الزائد.

(الثانیه الموقته)

(۶۴) إذا طلق الرجل زوجته ثلاث مرات

بینها رجعتان حرمت علیه فی الثالثه موقتا الی ان یعقد علیها غیره و یطأها فإن طلقها الثانی حلت بالعقد ثانیا علی الأول.

(الثالثه الحرمه المقیده)

(۶۵) لا یجوز للحر ان یتزوج المملوکه إلا بشرطین

عـدم الطول ای عـدم القدره علی زواج الحره، و خوف العنت أی المشـقه کما فی الآیه الشـریفه و مع عدم الشـرطین فقیل یجوز مطلقا و قیل بالتفصیل فیجوز متعه لا دواما و هو حسن.

(۶۶) يحرم عقد الأمه على الحره إلا بإذن الحره

فلو عقد بدونه كان للحره الخيار بين اجازته و فسخه و ليس لها فسخ عقد نفسها اما العكس و هو دخول الحره على الأمه فهو جائز فإن كانت الحره عالمه فلا خيار لها و ان كانت جاهله ثم علمت بعد العقد تخيرت بين فسخ عقد نفسها و بين الصبر على البقاء مع الأمه و ليس لها فسخ عقد الأمه و لا يجب عليه أعلامها بأنه متزوج بامه فلو أخفاه عليها ابدا صح و لا اثم و لو اقترن عقد الحره و الأمه كان حكمه حكم سبق الأمه.

(۶۷) لا يجوز عقد بنت أخ الزوجه أو بنت أختها

إلا برضا العمه و الخاله و ان علتا حرتين أو أمتين أو ملفقتين عالمتين أو جاهلتين أو مختلفتين دائمتين أو منقطعتين مسلمتين أو كافرتين أو مختلفتين نسبيين أو رضاعيين، و لو اقترن العقد ان نفذ عقد العمه و توقف الثانى على رضاها، و لو سبق عقد بنت الأخ أو الأخت جاز إدخال العمه أو الخاله عليها و لا خيار للداخله و لا المدخول عليها لا فى عقد نفسها و لا فى عقد الأخرى.

[۶۸] اعتبار الحكم إذن شرعى لا حق شخصى

فلا يسقط بالإسقاط نعم لو اشترطه ضمن عقد العمه و الخاله صح و كان كالاذن منهما

- ۶۹- لو طلق العمه أو الخاله فإن كان بائنا جاز العقد على بنت الأخ و الأخت بغير اذن

و ان كان رجعيا لم يجز حتى تنقضى العده و من هذا النوع ما تزول الحرمه بزوال الوصف و هو شرط الكفايه و الحرمه هنا تدور مدار اختلاف الدين.

– ۷۰– الکفر مانع من صحه عقد المسلم علی الکافره المشرکه

و المشرک ممنوع من العقد علی المسلمه سواء کان الکفر أصلیا أو ارتدادیا فلو أسلمت زوجه الکافر فان کان قبل الدخول زالت العصمه بینهما و ان کان بعده انتظرته مده العده فإن أسلم بقیا علی الزواج کما لو أسلما معا و الا بانت منه و لها المهر.

– ۷۱– المسلم لا یحل له ان یتزوج المشرکه

بعد قوله تعالی– وَ لا تُنْکِحُوا الْمُشْرِکِینَ حَتَّی یُؤْمِنُوا وَ لَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَیْرٌ مِنْ مُشْرِکٍ– وَ لا تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوافِرِ و لو أسلم الکافر علی زوجه مشرکه قبل الدخول بانت منه و المشهور علی تنصیف المهر و القاعده تقتضی السقوط لانه فسخ لإطلاق و بعد الدخول یقف علی العده فإن أسلمت فهی زوجته و الا بانت منه و استقر المهر،– اما الکتابیه– یهودیه أو نصرانیه بل و مجوسیه فإن أسلم دونها فهی علی نکاحه قبل الدخول و بعده دائما و منقطعا کتابیا أو غیره– و اما فی الابتداء– فقیل بالحرمه و قیل یجوز منقطعا لا دائما و قیل یجوز مطلقا و هو مقتضی ظاهر قوله تعالی فی سوره المائده التی لا نسخ فیها الْیَوْمَ أُحِلَّ لَکُمُ الطَّیِّباتُ الی قوله عز شأنه وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الْمُؤْمِناتِ وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتابَ مِنْ قَبْلِکُمْ، و یمکن حمل النواهی فی السنه علی التنزیه

– ۷۲– لو تزوج المسلم مسلمه

کتابیه کان للمسلمه الخیار فی عقد نفسها إلا إذا کان برضاها علی ما فی بعض الاخبار.

– ۷۳– الارتداد من الزوج أو الزوجه

ان کان قبل الدخول

انقطعت العصمه بینهما مطلقا فان کان منها فلا مهر و ان کان منه فلها النصف، و ان کان بعد الدخول استقر المهر فان کان منها وقف علی انقضاء العده و هی عده الطلاق فان عادت الی الإسلام فیها و تابت بقیت علی زوجیته و الا بانت منه، و ان کان منه فان کان ملیا فالانتظار و ان کان فطریا بانت منه فی الحال و اعتدت عده الوفاه

(۷۴) اختلاف المذهب لا یمنع من صحه العقد مع الحکم بإسلام الطرفین

فیجوز للإمامی ان یتزوج بمخالفه من ای مذهب کان من مذاهب المسلمین، اما تزویج الغیر بالإمامیه ففیه خلاف، و الأصح انه یختلف باختلاف الأحوال فقد یرجح و قد یحرم فعلی الأولیاء مراعاه الخصوصیات و الظروف فإنهن ودائع و أمانات و لا تعطی الأمانه الا الی من یحفظها «إِنَّ اللّهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمانَاتِ إِلی أَهْلِها

«۷۵» المعروف اعتبار الکفایه فی الزواج

و هی نوعان شرعیه و عرفیه أما الشرعیه فهی المساواه فی الدین کما عرفت، و اما العرفیه فهی المساواه فی الحسب و النسب و الثروه و الشرف و أمثالها أما الأولی فقد عرفت لزومها فی صحه العقد و اما الثانیه فلیست شرطا و الزواج فی شریعه الإسلام علی الإسلام و المؤمن کفو المؤمن نعم ورد فی السنه حرمه تزویج شارب الخمر و الاعتبار یساعده فان شارب الخمر لا یؤتمن علی الحره، و لا یحفظ الودیعه و مثله المقامر،

«۷۶» إذا خطب المؤمن القادر علی الإنفاق الغیر المتجاهر بالکبائر استجب إجابته

بل قیل تجب و لو کان ادنی نسبا و أقل

ثروه و الفقر غير مانع بل العناء فى الغنى أكثر منه فى الفقر.

(۷۷) يحرم خطبه المزوجه قطعا

و لو معلقا على الطلاق تصريحا أو تلويحا و كذا خطبه المطلقه الرجعيه و لو معلقا على انقضائها بل و البائنه و كذا يحرم الخطبه على خطبه الغير كما يحرم الدخول فى سوم المؤمن نعم لو ردت الاولى جازت الثانيه.

«۷۸» الإجماع و الاخبار على بطلان نكاح (الشغار)

و فسروه بمعان كثيره و القدر المتيقن فى الحرمه هو ان يتزوج امرأتان برجلين على ان يكون مهر كل واحده نكاح الأخرى يعنى المبادله فى النساء.

هذا مختصر أسباب التحريم التى يشترط خلو المتعاقدين منها و حينئذ فالذكر البالغ الرشيد له ان يعقد لنفسه و لا ولايه لأحد عليه و الأنثى البالغه بإكمال التسع إذا كانت رشيده لها ان تعقد لنفسها بإذن الولى ان كانت بكرا و الا كان لها الاستقلال و بعد انتهاء مباحث العقد و العاقد و المعقود له و شرائط كل واحد منها مما يتعلق بصميم العقد فاللازم بيان ما يتعلق بتوابع العقد و احكامه و حواشيه و آثاره المشتركه بين نوعيه الدائم و المنقطع كالمهر فإنه و ان كان لازما فى الجمله و لكنه ليس من الأركان التى يبطل العقد بدونه.

الفصل الخامس (بتكفل ببيان احكام المهور)

(۷۹) المهر هو ما يجعل للزوجه فى عقد زواجها

مما هو مال عينا أو دينا أو حقا أو منفعه و ليس هو عوض البضع أو عوض الاستمتاع بل المعاوضه فى باب النكاح كما عرفت غير مره بين ذات الزوجين و انما المهر كهديه و طيبه خاطر للزوجه و لذا يكره المماكسيه فيه و التغالى و يستحب فيه اكيداً التساهل و المهاوده و لحرص الشارع الحكيم على التسهيل فى هذا المقام اكتفى من المهر حتى بتعليم السوره و قراءه الفاتحه و لكن الاعتدال بمهر السنه و هو خمسمائه درهم أى خمسه و عشرون دينارا.

(۸۰) إذا تراضى الزوجان على مهر قليلا كان أو كثيرا

لزم و ان لم يذكرا مهراً أصلا فإن كان العقد متعه بطل إذ لا متعه إلا بمهر مسمى، و المنقطع كثير الشبه بالمعاوضات و ان لم يكن منها، و ان كان دواما فان شرطا عدم المهر بطل العقد لانه يرجع الى الهبه و لا هبه فى النكاح، و لمفوضه البضع مطالبه الزوج بتعيين المهر فان امتنع لها ان تمنع عنه نفسها فان تراضيا على قدر لزم قل أو كثر و الا رجعا الى حاكم الشرع فيفرض أقل الأمرين من مهر المثل و مهر السنه و لو دخل بها قبل التعيين تعين مهر المثل، اما مفوضه المهر

فهو التزويج على حكمه أو حكمها و لكن ليس لها ان تحكم بأكثر من مهر السنه

(۸۱) المهر مطلقا تملكه الزوجه بالعقد

و يستقر بالدخول فلو مات قبل الدخول أو طلقها كان لها نصفه ان كان قد تعين و الا فلها المتعه على الموسع قدره و على المقتر قدره، و لها ان لا تمكنه من نفسها حتى يدفعه لها،،،

(۸۲) يلزم تعيين المهر بما يرفع الجهاله و لو فى الجمله

فلو أبهمه كليه كالشىء و النصيب و نحوهما بطل و لا يلزم فيه تمام المعلوميه التى تلزم فى البيع و نحوه من اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و هكذا بل تكفى المشاهده ان كان عينا و الأوصاف فى الجمله ان كان كليا ككونه دراهم أو ثيابا أو غيرها مع بيان العدد و لو جعله ثوبا أو دابه فالخيار للزوج و يجوز جعله أو بعضه مؤجلا كما يجوز ترديده و تعليقه كما لو قال ان تزوجت عليك فألف و الا فنصفها، و مهر المثل مهر أقرانها، و لو عقد الأب لولده على مهر و أطلق فهو عليه الا ان يقيده على الولد من أهلها و بلدها

(۸۳) لو تزوجها على كتاب اللّه و سنه نبيه جاز

و ان لم يعلما به حال العقد و كذا لو تزوجها على مهر أمها أو أختها بل فى بعض الاخبار ان الرجل على عهد رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلّم كان يتزوج على القبضه من الحنطه و ما يحسن من القرآن

(۸۴) لو وهبها المده فى المنقطع قبل الدخول كان لها النصف

كالإطلاق فى الدائم و ان كان بعد الدخول استحقته بأجمعه كالدائم و كذلك حكم موته قبل الدخول و بعده

(۸۵) لو أبرأته من المهر قبل الدخول أو وهبته له يرجع عليها بنصفه

لأن الإبراء استيفاء و كذا لو خالعته بالمهر فيستحقه اجمع بالخلع و يستحق نصفه بالطلاق قبل الدخول على ما ذكروا و فيه للتأمل مجال، و لو تنازعا فى قبضه فالقول قولها و فى المقدار قوله.

الفصل السادس (فى أحكام العيوب الموجبه للفسخ)

(۸۶) عقد النكاح لازم إذا وقع صحيحاً جامعا للشرائط

لا يمكن فسخه و لا الإقاله فيه بل و لو شرطا خيار الفسخ فيه بطل الشرط و نفذ العقد على الأصح و قيل يبطلان معا، نعم لا يصح الفسخ فيه الا بأمرين (الأول) العيوب الموجبه لخيار الفسخ و هى ثلاثه أقسام- ۱- العيوب المشتركه- ۲- ما يخص الزوج- ۳- ما يخص الزوجه

(۸۷) العيوب

المشتركه (۳) الجنون مطلقا و لو أدواريا (۲) (الجذام) مطلقا و لو قليلا- (۳) البرص كذلك (ما يخص الزوج) أيضا ثلاثه- الخصاء و هو سل الأنثيين و بحكمه الوجاء و هو رضهما بحيث تبطل قوتهما، و العنن و هو عدم الرجوليه خلقه أو عرضا و الجب و هو قطع آله الرجوليه (ما يخص الزوجه) أربعه الإقعاد و القرن- عظم فى محل الوطى يمنع منه (العضل) لحم يمنع من الوطى، «الرتق» التحام موضع الوطى بحيث يمنع منه.

[۸۸] کل هذه العیوب انما توجب حق الفسخ إذا کانت مجهوله

و موجوده قبل العقد اما الحادث بعده فلا الا العنن و الجنون فإنهما یوجبان الفسخ مطلقا

«۸۹» شرط العنه ان لا یقدر علی الوطی منها و من غیرها قبلا و دبرا

و شرط الجب ان لا یبقی من الآله مقدار الحشفه و لا تفسخ فی العنه حتی ترفع أمرها لحاکم الشرع فیمهلها سنه کامله تکون معه فی الفصول الأربعه فإذا عجز کان لها الفسخ

(۹۰) الفسخ ان کان قبل الدخول فلا شی ء لها من المهر

إلا ـ فی العنن فان لها النصف و ان کان بعد الدخول أخذته اجمع و القول قول منکر العیب بیمینه، و الخیار فی العیوب فوری و هو فسخ لإطلاق

«۹۱» الثانی من موجبات الفسخ خیار الشرط لا شرط الخیار

فمن تزوج امرأه شرط کونها حره فبانت مملوکه أو تزوجت بشرط کونه حرا فظهر مملوکا کان له أولها الخیار فان فسخ بعد الدخول استحقت المهر و یرجع به علی المدلس مطلقا باستثناء مهر المثل عوض استمتاعه بها و ان کان قبله فلا شی ء لها، و کذا لو اشترط کونها بکرا فظهرت ثیبا، و کل شرط موافق لکتاب اللّه عز شأنه لها أم علیها فهو لازم و یجب علی کل منهما الوفاء به و لکن لو خالف لم یوجب الفسخ کما لو شرطت ان لا یخرجها من بلدها أو منزلها اما لو شرطت ان لا یتزوج علیها أو لا یقسم لضرتها فهو باطل، و هذه العیوب کما توجب الفسخ فی الدائم توجبه أیضا فی المنقطع.

الفصل السابع (فی الأولاد)

«۹۲» شروط لحوق الولد بالزوج بالدائم و المنقطع ثلاثه

«الدخول» و یکفی کونها فراشا له فضـلا عن الخلوه و لو اختلفا فیه فادعته و أنکره أو أنکر ولادتها فالقول قولها مع الخلوه و قوله مع عدمها «۲» مضـی أقل الحمل و هو سـته أشـهر هلالیه من حین الوطی فی الولـد التام الذی ولجته الروح، و فی غیره یرجع الی المتعارف فی مثله «۳» عدم تجاوز أقل الحمل و هو سـنه من حین الوطی فلو غاب عنها أکثر من سـنه أو اعتزلها لم یلحق به، و لو نفی الولـد مع اعـترافه بتحقـق شـرائط اللحوق به لم ینتف الاـ باللعـان، و لو زنت فالولـد للفراش و للعـاهر الحجر، و لو طلقهـا و تزوجت بآخر فاولـدت فان کانت الشـرائط لواحـد منهما الحق به و ان لم تکن لواحـد انتفی عنهما و ان کانت لکل واحـد منهما فالقرعه، و الولد یلحق بأشرف الأبوین فی الإسلام و من أقر بمجهول انه ولده لحق به مع الإمکان و کذا العکس.

«۹۳» یجب إرضاع الأم ولدها اللباء

و هو أول حلیبها بأجره علی الأب و یستحب ان ترضعه المده و هی حولان کاملان و یجوز الزیاده و النقیصه بشهرین أو ثلاث و هی أحق بإرضاعه بالأجره التی یطلبها الغیر فان طلبت الزیاده جاز ان ینتزعه منها

و يدفعه الى غيرها و لا تجبر الحره على إرضاعه

«۹۴» الحضانه للأم حق تربيه ولدها مده الرضاع ذكرا كان أو أنثى

فإذا انتهت مده الرضاع فهى أحق بالبنت الى بلوغها سبع سنين و الأب أحق بالابن بعد السنتين الى بلوغه، و لا تثبت لها الحضانه إلاـ بشروط العقل و الإسلام و الحريه و لو طلقها فتزوجت سقطت حضانتها و لو طلقها الثانى عادت و لو مات الأب فهى أحق بولدها الى بلوغه و إذا مات الأبوان فالحضانه للجد و إذا فقد فللأقرب فالأقرب و الظاهر انه لا أجره للحضانه بل هو إرفاق بالأم نعم يلزم على الأب بذل لوازم التربيه كاجره غسل الثياب و نحوها.

و حيث انتهى الكلام من الأحكام المشتركه بين المتعه و الدوام فلنذكر ما يخص كل واحد منهما.

المرحله الثانيه (فيما يخص العقد الدائم من الاحكام)

«۹۵» يختص الدائم بأحكام لا تجرى فى المنقطع

اشاره

و هى خمسه بل سته- الإرث- فالدائم ترث مطلقا و المنقطعه لا ترث مع الإطلاق قطعا و هل ترث بالشرط الأصح العدم- النفقه- تستحقها الزوجه بالعقد الدائم مع عدم النشوز مطلقا و لا تستحقها المنقطعه بإطلاق العقد و هل تستحقها بالشرط- الأصح نعم.

(القسم) للزوجه الدائمه مع إطلاق العقد مضاجعه ليله من اربع

و تستحق الوطء مره فی أربعه أشهر، اما المنقطعه فلا تستحق شیئا منهما مع الإطلاق اما مع الشرط فالأصح الاستحقاق إذا لم یزاحم حق الدائمیات و للزوجه الدائمه إسقاط لیلتها أو هبتها لإحدی ضراتها أو مصالحه الزوج علیها.

(النشوز) إذا امتنع الزوج عن أداء حقوق الزوجه و هی النفقه و حق المضاجعه و المواقعه

و لم یعاشرها بالمعروف صار ناشزا و لها ان تمنع نفسها عنه فان لم یرتدع رفعت أمرها إلی حاکم الشرع فاما إمساک بمعروف أو تسریح بإحسان، کما انها لو امتنعت عن أداء حقه و هو تمکینه من نفسها للمواقعه متی شاء الا لعذر مشروع أو لم تعاشره بالمعروف فتعبس فی وجهه و تخرج من غیر اذنه و تغلظ کلامها معه و ما أشبه ذلک صارت ناشزا و سقطت نفقتها فیتدرج معها بالمراتب الثلاث المذکوره فی الآیه الشریفه فعظوهن و اهجروهن فی المضاجع و اضربوهن فان أطعنکم فلا تبغوا علیهن سبیلا. و یلزم ان لا یکون الضرب مبرحا و لا جارحا.

(الشقاق) و هو النشوز من الطرفین و الکراهه من الجانبین

و الحکم هنا التحکیم کما ذکره الکتاب المجید، فابتغوا حکما من من اهله و حکما من أهلها فإن قدرا علی الإصلاح فهو و الا فرقا بینهما مع الاذن، و من مختصات العقد الدائم الطلاق- فإنه لا یأتی بالمنقطع بل ینتهی بانتهاء المده أو بهبتها.

«۹۶» النفقه تجب للزوجه الدائمه مطلقا

و للمطلقه الرجعیه فی

عـدتها دون البـائن و المتوفى عنهـا زوجها نعم المطلقه بائنا إذا كانت حاملا وجبت النفقه لها أو له حتى تضع و لا نفقه للصـغيره حتى تبلغ و لا للناشزه حتى تطيع

«۹۷» الواجب من النفقه هو ما تحتاج اليه من طعام و إدام و كسوه

و مسـكن و خـادم حسب شأنهـا فى جميع ذلـك كمـا و كيفـا و جنسـا و وصـفا و يجب أيضـا مـا يتوقف عليه التزيين و التنظيف كالصابون و نحوه

«۹۸» نفقه الزوجه حق مالى لها

و ان كانت غنيه فلو أخل به يوما أو أياما كان دينا عليه فى ذمته يجب عليه ان لم تكن ناشـزا ان يؤديه لها و يصح المصالحه عليه و إسقاطه كسائر الديون و يجوز ان تطلب كفيلا به حاضرا كان الزوج أو مسافرا

(۹۹) لا ولايه للزوج على زوجته فى شئونها الخاصه

فلو أرادت أن تبيع شـيئا من أموالهـا و كـانت رشـيده فلاـ حق للزوج و لاـ لغيره فى معارضـتها حره كـانت أو مملوكه فـإن ولايه المملوك لمـالكه و ولاـيه الحره لأبيهـا أو جـدها أو الحـاكم مع صـغرها نعم له منعها عن كل ما يوجب خللا فى شـرفه و المس بنـاموسه كـالخروج من غير اذنه و معاشـره من لاـ يليق به معاشـرتهم من نسـاء أو رجـال و لو خـالفته نشـزت بل له ان يمنعها عن الخروج حتى الى بيت أمها و أبيها الا ان يكون ذلك موجبا للعقوق و هو إيـذاء الوالدين فيأذن لها حسب المتعارف فى الأسـبوع مره و نحو ذلك و لو منعها عن مباح أو مسـتحب لا يخل بشى ء من شئونه لم يجب عليها الامتناع عنه كما لا يجب عليها الخدمه و الطبخ و نحو ذلك اما الواجب فلا إشكال فى

عدم اثر لمنعه عنه، و يجب عليها متابعته فى السفر و الحضر و المسكن

«۱۰۰» جرت عادت الفقهاء هنا بمناسبه نفقه الزوجه ذكر من تجب على الإنسان نفقتهم

و ان لم يكن له دخل بكتاب النكاح و هى نفقه الأقارب و هم نوعان الآباء و الأبناء صعودا و نزولا، و المملوك إنسانا أو حيوانا، و لا- تجب لمن عدا أولئك من الأقارب مهما كانوا نعم تستحب خصوصا للوارث و انما تجب على العمودين و تستحب فى غيرهم بشرطين- الأول- يسار المنفق بان يكون عنده ما يزيد على نفقته و نفقه زوجته يوما و ليله- الثانى- فقر المنفق عليه كذلك و العجز عن الاكتساب و كونه حرا، و الواجب قدر الكفايه من الإطعام و الكسوه و المسكن و لا- يجب تزويجه و لا الإنفاق على زوجته و لا سائر لوازمه نعم هو من أفضل أنواع البر

«۱۰۱» يترتب وجوب النفقه على الآباء و الأبناء حسب ترتبهم فى القرابه

فيتقدم الأب على أب الأب و الابن على ابن الابن منفقا و منفقا عليه و الأب و الابن فى نيه واحده فمن كان فقيرا و له أب و ابن غنيان اشتركا فى الإنفاق عليه بالسويه و من كان غنيا و له أب و ابن فقيران أنفق كذلك عليها و الأنثى كالذكر فى وجوب النفقه عليها ولدا أو اما و لكن لا يجب على الام ان تنفق على أولادها إذا كان أبوهم غنيا نعم لو كان فقيرا أو مفقودا وجب عليها ان لم يكن لهم جد غنى أيضا، و الإنفاق على الأقارب إرفاق و وجوب تكليفى محض فلو عصى لم يقضه إذ لم تشتغل به الذمه كما لا يصح المصالحه عنه و لا إسقاطه.

[۱۰۲] الملک لذی روح یوجب نفقته علی المالک فتجب علی المولی نفقه للعبد مطلقا

حتی المدبر و أم الولد دون المکاتب مطلقا فان نفقته فی کسبه و علی البهیمه مطلقا مأکوله اللحم و غیرها

(۱۰۳) کل من وجبت النفقه علیه لزوجه أو قرابه أو مملوک ان قام بالواجب فهو

و الا ـ وجب علی حاکم الشرع إجباره فان لم یمکن باع شیئا من أمواله و أنفق إلا فی الإنسان المملوک فإنه یوکل نفقته الی کسبه إن أمکن و فی البهیمه یخیره بین ذبحها ان کانت مأکوله اللحم و بین الإنفاق علیها

المرحله الثالثه (فیما یخص العقد المنقطع من الأحکام)

اشاره

الأرکان التی یتقوم بها عقد المتعه أمران- المهر- فلو لم یعین المهر فی متن العقد بطل و من هذه الجهه أشبه عقود المعاوضات و ما هو منها- الثانی- الأجل فلو أخل به فی ذات العقد قیل یبطل رأسا و قیل ینقلب دائما و به روایه و العمل بها مشکل و تطبیقها علی القواعد أشکل، و الروایه ضعیفه، و الاحتیاط بالطلاق و تجدید العقد لا یترک، و بهذین الرکنین ینفرد المنقطع عن الدائم الذی لا أجل فیه و لا یضر به عدم ذکر المهر کما عرفت

«۱۰۴» یختص المنقطع عن الدائم أیضا بأمور

(۱) عدم وقوع الطلاق فیه و لا اللعان و لا التوارث حتی مع الشرط بل و لا الخلع و لا الظهار «۲» عدم استحقاق

النفقه (٣) عدم القسم (۴) عده غير الحامل بعد الوطء و انقضاء الأجل أو هبه المده حيضتان و لو كانت لا تحيض و هى فى سن من تحيض فنصف عده الدائم خمسه و أربعون يوما اما الحامل فعدتها وضع الحمل و عده الوفاه كالدائم أربعه أشهر و عشر ان كانت حره و الا فنصفها و فى الحامل أبعد الأجلين مطلقا، «۵» جواز العزل عنها و عدم جوازه فى الدائم و لكن الولد يلحق به حتى مع العزل

(۱۰۵) ذكر بعضهم انه لا يجوز العقد عليها فى أثناء المده

و الأصح عندنا جوازه دواما و متعه و هو هنا كالبيع أو الإجاره للعين المستأجره.

(خاتمه) (فى التنازع)

(۱۰۶) إذا اختلفا فى الزوجيه قدم قول منكرها بيمينه

و لكن يلزم مدعيها بإقراره و هذا من المقامات التى تنفك الاحكام ظاهرا و ان كانت متلازمه واقعا فلو كانت هى المنكره جاز لها ان تتزوج بغيره و لكن تجب عليه النفقه ظاهرا و لا يتزوج بأختها و لا الخامسه و هكذا سائر الاحكام و كذلك لو انعكس الأمر و لو تزوجت و اقام البينه ظهر فساد العقد

[۱۰۷] لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها زوجيته

فإن أقامت بينه فالعقد لها و ان أقامها ثبت قوله و ان

أقام كل منهما البينه فالحكم لبينته بناء على تقديم بينه الداخل الا ان يكون لبينتها مرجح داخلى أو خارجى كدخول بها أو تقدم تاريخ أو أكثريه عدد فتقدم بينتها.

(تتمه)

المرأه إذا ادعت أنها خليه صدقت و جاز العقد عليها من غير فحص حتى مع العلم بأنها كانت ذات زوج و ادعت موته أو طلاقه أو لم تذكر شيئا سوى أنها خليه فلو ادعى آخر انها زوجته لم يصدق إلا بالبينه و ينكشف فساد العقد و يجرى عليه حكم الشبهه.

الكتاب الثانی (فی الطلاق و العدد و توابعه)

اشاره

الطلاق حل عقده الزوجیه الدائمه المقتضیه للبقاء بذاتها و ببیان اجلی ان الزوجیه الدائمه حبل مستمر و الطلاق قطع له من أثنائه فهو كالفسخ فی البیع الذی هو رفع بل قطع لحبل الملكیه المستمره من حین الفسخ لا من حین العقد علی الأصح فالتعبیر عنه بالقطع اولی من التعبیر بالرفع، و هو ای الطلاق من حیث بقائه و إمكان رفعه و بعباره أبلغ من حیث تنجز أثره و تعلیقه- قسمان- رجعی- و بائن- فهاهنا مرحلتان-

(الاولی) (فی الرجعی)

اشاره

و یقع البحث فیه من حیث أركانه الثلاثه، الصیغه، و المطلق و المطلقه، ثم من حیث اقسامه و احكامه بعد تمامه ففی هذه المرحله مقصدان

(الأول) فی أركانه

اشاره

و فیه فصول.

الفصل الأول (فی الصیغه)

ماده «۱۰۸» الطلاق و ان کان بذاته معنی إضافیا

و نسبه قائمه بطرفین و لکنه شرعا من الإیقاعات التی یکتفی وقوعها من طرف واحد و لا یقع إلا بصیغه خاصه و هی أنت طالق أو زوجتی فلانه طالق أو زوجه موکلی طالق فلا یکفی شی ء من مشتقاتها مثل أنت مطلقه و طلاق و طلقتک و أطلقک و هکذا فضلا عن مثل أنت بائن و حرام و خلیه و بریه و اعتدی و أمثالها و لا یقع بالکتابه و لا بالإشاره الا من الأخرس العاجز و لا یقع بالتخییر لها بل هو من خصائصه صلی اللّه علیه و آله.

«۱۰۹» یشترط فی الصیغه التنجز

فلو علقها بشرط أو صفه بطلت مطلقا و لو قیدا لواحده بالثلاث فقال أنت طالق بالثلاث لغت الثلاث و وقعت واحده عندنا و تقع ثلاثه عند القوم فتحتاج الی محلل و لو قال ان کنت زوجتی فأنت طالق صح علی الأصح.

الفصل الثانی (فی المطلق)

«۱۱۱» لا یصح الطلاق الا من الزوج أو وکیله

- أما الولی

فالمشـهور انه يصـح تزويجه و لا يصـح طلاقه و الأصح عندنا انه مع المصـلحه يصح طلاقه كما صح تزويجه، و يعتبر فى المطلق زوجا أو وكيلا أو وليا «أمور» البلوغ فلا يصح طلاق الصبى و ان بلغ عشرا أو اذن له الولى- العقل فلا يصح طلاق المجنون مطبقا أو أدواريا إلا فى حال إفاقته- الاختيار فلا يصح طلاق المكره- القصد فلا طلاق لهازل أو ساه أو نائم أو سكران بل يعتبر القصد عن رويه و حال طبيعى فلا يصح طلاق الغضبان و المتهيج.

«الثالث» (فى المطلقه)

(۱۱۲) لا يقع الطلاق إلا بالزوجه الدائمه

- الطاهره من الحيض و النفاس إلا إذا كانت غير مـدخول بها أو حاملا إذا اجتمع الحيض و الحمل و الا من الغائب الذى لا يعلم حيضـها حين الطلاق مع علمه بانتقالها من طهر المواقعه أو سافر فى طهر لم يواقعها فيه و مثله المحبوس- و ان يطلقها فى طهر لم يواقعها فيه، و يسـقط طبعا هذا الشـرط فى الصـغيره و اليائسه و الحامل اما المسترابه و هى التى واقعها فلم تحض فى ذلك الشـهر فاسترابت بالحمل فلا يجوز طلاقها الا بعد التربص ثلاثه أشهر فإن ظهر الحمل فى أثنائها طلقها و الا طلقها بعد الثلاث.

(۱۱۳) يشترط تعيين المطلقه

فلو قال احدى زوجاتى طالق لغا و كذا لو قال زوجتى سلمى طالق و عنده زوجتان بذلك الاسم أو قال إحداكن طالق.

الفصل الرابع (فى شروطه الركنيه)

«۱۱۴» لا يصح الطلاق بعد استجماعه لعامه الأوصاف المتقدمه إلا بحضور شاهدين عدلين يسمعان الصيغه و يعتبر اجتماعهما عند الإنشاء و ان يكونا غير الزوج و الزوجه و غير الوكيل فلو طلق الوكيل بحضور الزوج فلا بد من شاهدين آخرين و يعتبر عدالتهما الواقعيه عند المطلق بل و عند الزوج فلو علم بفسقهما أو علما بفسق أنفسهما فلا اثر للطلاق و لا تقبل فيه شهاده النساء و لا يحل به المهر المؤجل.

«المقصد الثانى» (فى أقسامه و احكامه)

«۱۱۵» الطلاق كما عرفت بائن– و غير بائن

و غير البائن– بدعى. و رجعى. و عدى. فالبدعى ما اختل فيه أحد الشروط السابقه كطلاق الحائض أو الطلاق ثلاثا بلا رجعه بينها، و الرجعى، هو

مطلق الطلاق الصحيح مما للمطلق فيه الرجوع سواء رجع أم لا (و العدى) قسم منه و هو ان يطلق على الشرائط ثم يرجع فى العده و يطأ ثم يطلق فى طهر آخر، و له حكم خاص و هو انه كما يحرم فى كل ثالثه حتى تنكح زوجا غيره نحرم الحره أيضا فى التاسعه حرمه مؤبده كما تقدم و الأمه فى السادسه.

«۱۱۶» إذا تجرد الرجوع عن الوطء بان طلق و رجع

ثم طلق و رجع و هكذا أو تركها بعد الطلاق حتى خرجت من العده و تزوجها بعقد جديد ثم طلق- لم تحرم فى التاسعه و لوالى مائه مره نعم يلزمها المحلل فى كل ثلاث خلافا لابن بكير أحد رواه أئمتنا (ع) فإنه قال إذا تزوجها بعقد جديد هدم ما قبله و لو مائه مره و حلت له بلا زوج و قد انفرد بهذا الرأى

«۱۱۷» يشترط فى المحلل البلوغ و الوطى قبلا

بالعقد الصحيح الدائم، و كما يهدم الثلاث يهدم ما دونها و لو ادعت حصول المحلل و كانت ثقه صدقت بلا يمين.

(۱۱۸) الرجعه كما تحصل بالقول تحصل بالفعل

بل و بالإشاره حتى من القادر على الكلام و لا يشترط فيها الاشهاد و لا أعلامها نعم لو ادعى بعد العده رجوعه فيها لزمه الإثبات بالبينه فإن عجز فاليمين عليها، و إنكار الطلاق فى العده رجوع.

«المرحله الثانیه» (فی الطلاق البائن و توابعه)

اشاره

(و فیها فصول)

الفصل الأول (فی أنواع البائن و العدد)

[۱۱۹] و هی سته، طلاق غیر المدخول بها قبلا و لا دبرا و الیائسه

و هی التی انقطع حیضـها طبیعه ببلوغ الخمسـین أو الستین و الصـغیره و هی التی لم تکمل التسع، و المختلعه و المبارات مع عدم الرجوع بالبذل، و المطلقه ثلاثا بینها رجعتان و لو بعقد جدید.

[۱۲۰] تجب العده شرعا بأسباب

(وفاه الزوج) فتعتد الحره مطلقا حره أو امه صـغیره أو کبیره أو یائسه أو غیر مدخول بها بأربعه أشهر و عشره أیام، و الأمه بنصفها الا الحامل فما بعـد الأجلین و أم الولـد کالحره و کـذلک المـدبره و المفقود زوجها الـذی لا یعرف خبره إذا حصل العلم لها أو الظن المتاخم بموته

(۱۲۱) العده فی الطلاق و الفسخ بعد الوطی فی مستقیمه الحیض ثلاثه أطهار

أحـدها مـا بقی من الطهر الـذی طلقت فیه و لو لحظه ان کـانت حره و الا فطهران کـذلک فتبین الحره برؤیه الـدم الثالث و الأمه برؤیه الثانی، فأقل ما تنقضی به عده الحره سنه و عشرون یوما و لحظتان و الأمه ثلاثه عشر

و لحظتان و ليست اللحظه من العده بل هى كاشفه فلا تصح فيها الرجعه، و يصح فيها عقد الغير، و ان كانت غير مستقيمه الحيض أو هى فى سن من تحيض و لا تحيض فعده الحره ثلاثه أشهر و الأمه نصفها و عده الحامل وضع الحمل و لو سقطاً و الذميه كالحره، و المسترابه قد تبلغ عدتها تسعه أشهر أو أكثر

«۱۲۲» إذا مات الزوج فى أثناء عده الطلاق

فان كان رجعيا استأنفت عده الوفاه و ورثته و ان كان بائنا أتمت عده الطلاق، و لا إرث و يجب على المتوفّى عنها زوجها «الحداد» و هو ترك الزينه و لبس السواد مده العده و لا نفقه لها بل تجب للمطلقه الرجعيه كما كانت زوجه، و لا تخرج من منزلها إلا لضروره، و لو طلق بائنا فى مرض الموت بغير طلب منها و مات قبل ان تتزوج ورثته إلى سنه و لا ترث البائن إلا هنا، و لا يرثها هو لو ماتت.

(۱۲۳) تعتد المطلقه من حين وقوع الصيغه و المتوفّى عنها زوجها من حين بلوغ الخبر،

فلو تزوجت بعد عده الطلاق و تبين انه كان قد توفى فى العده اعتدت ثم عادت لزوجها الثانى.

خاتمه الطلاق (و فيها أمران)

«۱» قد عرفت ان الطلاق و لا سيما مع التئام الأخلاق مكروه

أشد الكراهه و ما أحل اللّه شيئا أبغض إليه من الطلاق و ان العرش ليهتز منه و تتأكد الكراهه فى المريض فان فعل صح و توارثا فى الرجعى لو مات فى العده و ترثه هى حتى فى البائن إلى سنه كما سبق «۲» ذكر الفقهاء ان الغائب إذا لم يعرف خبره و لم يكن لزوجته من ينفق عليها ترفع أمرها إلى الحاكم فيؤجلها و يطلبه اربع سنين فان وجده و الا طلقها و اعتدت عده الوفاه و جاز لها ان تتزوج فان جاء فى العده فهى له و الا فلا سبيل له عليها تزوجت أم لا، و قصروا طلاق الحاكم الشرعى على هذه الصوره و بتلك الكيفيه مع ان الأدله العامه و الخاصه متوفره فى ان له الولايه على طلاقها فى صور أخرى كثيره يجمعها لزوم الضرر و المشقه الشديده من بقائها على زوجيه ذلك الزوج كالغائب المعلوم محله و لكنه ممتنع عن بذل النفقه لها اما عصيانا أو عجزا بل يأتى ذلك حتى فى الحاضر الممتنع كذلك و فى المسجون المحكوم بالسجن المؤبد أو خمسه عشر سنه بل و أقل إذا لم يكن عنده مال ينفق عليها الحاكم منه و لا يحصل لها باذل دينا على الزوج أو تبرعا و لا تقدر على اعاشه نفسها بالوسائل الشريفه اللائقه بحالها، بل يجوز للحاكم طلاقها فيما لو كان الزوج مريضا بإحدى الأمراض المعديه كالسل و الجذام و نحوها بعد ثبوت ذلك بشهاده الأطباء و عرضها على الحاكم، و الحاصل إذا ثبت عند حاكم الشرع العسر و المشقه الشديده الضرر على الزوجه من بقائها فى حباله ذلك الزوج و طلبت الطلاق الزم الحاكم الزوج بان يطلقها فان امتنع

و أصر على الامتناع جاز للحاكم طلاقها و تعتد ثم لها ان تتزوج بعد عده الطلاق أو الوفاه.

الفصل الثانی (فی الخلع و المباراه)

اشاره

و هما من أقسام الطلاق البائن و الأصل فيه قوله تعالى فى سوره البقره (وَ لا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخافا أَلَّا يُقِيما حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيما حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ).

(۱۲۴) الكراهه ان كانت من الزوج فالطلاق بيده

و ان كانت من الزوجه فلا سبيل لها الى الخلاص منه الا بان تبذل له ما ترضيه سواء كان بمقدار ما أخذت منه من المهر أو أكثر أو أقل على ان يطلقها بالبذل و هو الخلع، و ان كانت الكراهه منهما معا و كان كل منهما يكره الآخر فالمباراه و لا يجوز له ان يأخذ منها أكثر مما أعطاها مهرا.

(۱۲۵) صيغه الخلع ان يقول خالعتک أو خلعتک على كذا فأنت طالق

و يجوز الاكتفاء بالأولى و الأحوط إتباعه بالطلاق، اما فى المبارات فلا بد منه فيقول بارأتك على كذا فأنت طالق و يقول الوكيل خلعت فلانه بكذا بحسب وكالتى عن زوجها و مثله فى المبارات و لا بد من قبول الزوجه أو وكيلها بعد الصيغه بلا فصل و يكفى طلب

ذلک منها قبلها و کلما یصح مهرا یصح فدیه و لو بانت مستحقه للغیر بطل الخلع ان کانت عینا

«۱۲۶» إذا تم الخلع أو المبارات فلا رجوع للزوج

نعم لها الرجوع بالبذل فی العده فإذا رجعت جاز له الرجوع بها لان الطلاق یعود رجعیا ان شاء رجع و ان شاء ترک و کذا لو لم تدفع البذل اما لو لم یکن لها عده کالصغیره و نحوها فلا رجوع لکل منهما لانه بائن طبعا

«۱۲۷» إذا تنازعا فی قدر الفدیه أو جنسها

حلفت مع عدم البینه و لو قالت هی علی ذمه فلان أو دفعتها لک و أبرأتنی فعلیها البینه و الا فالیمین علیه.

الفصل الثالث (فی الظهار و الإیلاء

اشاره

و الأصل فیها الآیتان فی سوره المجادله و سوره البقره.

(۱۲۸) الظهار فعال من الظهر

و المراد به تشبیه من یملک نکاحها بإحدی محارمه و هو محرم تکلیفا و تترتب علیه احکام وضعا و أرکانه الصیغه و المظاهر و المظاهره و یتبعه الشروط و الأحکام.

(۱۲۹) الصیغه أن یقول لزوجته أنت أو فلانه علی أو منی کظهر أمی أو أختی أو بنتی

و هکذا من سائر المحارم و لا یقع الا من الزوج اما من الزوجه فلا اثر له و یصح تحدیده بوقت کالشهر و السنه فیحل له الوطی بعدها و تعلیقه بانقضاء الشهر فیحل الوطی قبله

و على شرط فلو لم يحصل فلا اثر له.

(۱۳۰) المظاهر يعتبر فيه البلوغ و كمال العقل

و الاختيار و القصد و ان لا يكون سكرانا أو مغمى عليه أو فى حال غضب و يصح من الكافر

(۱۳۱) المظاهره يعتبر فيها شرائط المطلقه

من الطهاره و عدم المواقعه فى ذلك الطهر و ان يكون مدخولا بها و لا يقع بالمتمتع بها و لا الموطوءه بالملك

«۱۳۲» الشروط حضور شاهدين

عدلين كالطلاق و ان لا يكون فى إضرار و لا بصفه اليمين.

«۱۳۳» الاحكام، إذا وقع الظهار بالأوصاف المزبوره حرم عليه وطئها حتى يكفر

فلو وطئ قبلها لزمه كفارتان واحده للظهار و اخرى للوطى و لو كرر تكررت و لا كفاره على الوطى جهلا أو نسيانا و لو طلقها حتى خرجت من العده جاز له ان يتزوجها بعقد جديد و لا كفاره، و يجب عليه بعد الظهار المبادره الى أحد أمرين اما التكفير و العود، أو الطلاق فان لم يفعل رافعته الى حاكم الشرع فنظره ثلاثه أشهر فاما ان يكفر و يعود أو يطلق و يجبره على ذلك لو امتنع و عليه نفقتها و لو عجز عن الكفاره أجزأه الاستغفار.

(۱۳۴) كفاره الظهار كبرى مرتبه

العتق فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فان لم يجد فإطعام ستين مسكينا، و كل ذلك منصوص عليه فى القرآن المجيد فى أول سوره المجادله.

و كذلك «الإيلاء» مصدر آلى يولى إيلاء إذا حلف و المراد به هنا الحلف على ترك وطى الزوجه مطلقا أو فى مده خاصه.

«۱۳۵» لا ينعقد الإيلاء إلا بالحلف باللّه عز شأنه

فلو حلف بالعتاق و الطلاق أو بغيرها كان لغوا و لا ينعقد إلا فی إضرار فلو حلف لصلاح فلا إيلاء كما لو كان الوطی مضراً به أو بها أو باللبن و لا ينعقد الا علی تركه أبدا أو مطلقا أو أكثر من أربعه أشهر.

(۱۳۶) يعتبر فی الحالف ما يعتبر فی المظاهر،

و فی المرأه الزوجيه الدائمه و الدخول، و إذا تم الإيلاء فللزوجه مرافعته لحاكم الشرع فينظره أربعه أشهر من حين المرافعه فإن رجع و كفر و الا خيره الحاكم بين العود أو الطلاق فان امتنع حبسه و ضيق عليه حتی يكفر و يفیء أو يطلق و لو دافع حتی انقضت المده اثم و لا كفاره و الكفاره هنا كفاره يمين.

الفصل الرابع (فی اللعان)

«۱۳۷» اللعان المباهله بين الزوجين لإزاله حد أو نفی ولد

و هو منصوص عليه فی سوره النور بعده آيات، و يلزمه بيان السبب و الشرائط و الاحكام و الكيفيه.

(۱۳۸) سبب اللعان أمران

(أحدهما) نسبه الزنا إلی الزوجه

المحصنه المدخول بها مع دعوی المشاهده و عدم البينه، و المراد بالمحصنه العفيفه فلو رمی المشهوره بالزنا و لو مره فلا لعان و لا يجوز القذف الا

مع المعاینه لذات العمل لا بالسماع و لو من الشیاع أو الظن

(ثانیهما) إنکار من ولد علی فراشه بالشرائط المعتبره فی لحوق الولد به

و ان سکت حال الولاده و لم ینفه ما لم یسبق الاعتراف به صریحا

«۱۳۹» لو قذفها بالزنا

أو أنکر الولد و اقام البینه فلا حد و لکن لا ینتفی الولد الا باللعان

«۱۴۰» یشترط فی الملاعن البلوغ و العقل

لا الحریه و لا الإسلام، و الأخرس لو عرف اللعان کفت إشارته المفهمه، و یشترط فی الملاعنه دوام الزوجیه و الدخول و لا تکفی الخلوه و ان أرخیت الستور و البلوغ و العقل و السلامه من الصمم و الخرس فلا لعان بقذف الصغیره أو المجنونه و لو قذف الصماء أو الخرساء حرمت علیه ابدا بلا لعان

«۱۴۱» أما الکیفیه

فهی أن یقول الزوج اشهد باللّه انی لمن الصادقین فیما قلته علی هذه المرأه أربع مرات ثم یعظه الحاکم فان رجع حد و الا قال (أَنَّ لَعْنَتَ اللّهِ عَلَیْهِ إِنْ کانَ مِنَ الْکاذِبِینَ) ثم تقول المرأه أربع مرات (أشهد إِنَّهُ لَمِنَ الْکاذِبِینَ) ثم یعظها الحاکم فان اعترفت رجمها و الا قالت «أَنَّ غَضَبَ اللّهِ عَلَیْها إِنْ کانَ مِنَ الصّادِقِینَ» و الواجب التلفظ بهذه الکلمات حال قیامها و بدنه الرجل و تعیینه للمرأه و النطق بالعربیه مع القدره و یجوز الترجمه مع التعذر و ان یکون کل ذلک بمحضر الحاکم و یستحب حضور أربعه شهود

(۱۴۲) یترتب علی تحقق اللعان بالنحو المتقدم عده احکام

(۱) سقوط حد القذف عنه و سقوط حد الزنا عنها فلو نکلت بعد أداء الزوج شهاداته الخمس

حـدت حـد الزنـا أقرت أو أنكرت، و بطلاـن الزوجيه و نفى الولـد عنه لا عنها و إذا أكـذب الرجل نفسه فى الأثناء يحـد و تبقى الزوجيه و يلحق الولد به اما إذا أكذب نفسه بعد لعانها فلا يرتفع الا سـقوط الحد فيحد و لا تحل له و لا يرث الولد و الولد يرثه، و لو أكذبت نفسها بعد لعانها فإن أقرت أربعا حدث و لا تحل له و لا يلحق به الولد

الكتاب الثالث (فى الدين)

اشاره

و هو القرض الـذى هو أفضـل من الصـدقه فـإن درهمهـا بعشـره و درهم القرض بثمانيه عشـر و من شـكا إليه أخوه المسـلم و لم يقرضه حرم اللّه عليه الجنه، و ثوابه و الحث عليه فى الشـرع الإسـلامى عظيم و اجره لا يحصى، و يلزم النظر فى أركانه- الدائن و المدين و ما يصح دينه و العقد.

«۱۴۳» عقد الدين هو ما ينشأ به تمليک عين مضمونه بالمثل أو القيمه

و يكفى فيه كلما دل عليه فى الإيجاب و القبول، و الغالب فيه المعاطاه و لا اثر للعقد وحده بدون القبض كالهبه و الوقف و لا بد من اقبـاض المقرض فلو قبضه المقترض بـدون إقبـاضه أو إذنه لغـا و لو كـان فى يـد المقترض لغـا و لا حاجه الى إذن جديـد و بالقبض

يملكه المقترض و لا يقف على التصرف إلا فى المعاطاه.

«۱۴۴» القرض على الأصح من العقود اللازمه

فلو طلب المقرض رد العين بعد إقباضها لم يجب على المقترض ردها بل يثبت عليه المثل فى المثليات أو القيمه فى القيميات، و المدار على القيمه وقت الأداء لا وقت القبض و لو دفع العين لم يلزم بغيرها قهرا.

(۱۴۵) يعتبر فى المتداينين البلوغ و العقل و الاختيار

و فى الدائن فقط عدم الحجر بفلس أو سفه و ان يكون مالكا لما يقرضه أو وكيلا أو وليا و تجرى الوكاله و الولايه فى المقترض أيضا فيقترض للمولى عليه أو الموكل مع الغبطه.

[۱۴۶] يعتبر فيما يصح إقراضه كونه معلوما بالمشاهده فيما يكفى فيه ذلك

و بالكيل و الوزن و العدد فيما شأنه ذلك، فلو أقرضه كيس طعام غير معلوم الكيل و لا الوزن أو صبره كذلك لم يصح و لم يملكها المقترض

«۱۴۷» كلما تتساوى أجزاؤه فى القيمه و المنفعه

و تتقارب صفاته يصح قرضه و يثبت فى الذمه مثله كالحنطه و الشعير و الذهب و الفضه و نحوها و ما ليس كذلك كالجوارى و اللئالى تثبت فى الذمه قيمه.

الاحكام

«۱۴۸» كل قرض يشترط فيه ما يجر

نفعا عينا أو منفعه أو صفه ربويا أو غيره كركوب دابه أو عاريه متاع

أو نحوه فهو ربا يحرم وضعا و تكليفا لا يجوز للمقترض التصرف فيه و هو مضمون عليه لقاعده ما يضمن .. و لا يضر اشتراط الرهن فيه و الأجل أو الكفيل

«۱۴۹» لو باعه الشی ء بأضعاف

بشرط ان يقرضه صح و لكن لو أقرضه بشرط ان يشترى منه زائدا عن قيمته أو يهبه لم يصح، و لو أجل الحال بزياده فهو ربا سواء كان قرضا أو صداقا أو ثمن مبيع أو نحو ذلك و لو كان بصلح أو جعاله و لو اشترطه فى عقد آخر فسد فان الشرط لا يحلل الحرام نعم يصح اشتراطه فى البيع و لو كان بأضعاف القيمه و هو من الحل للتخلص من الربا

«۱۵۰» يجوز تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه بإبراء أو صلح

و هو المسمى بصلح الحطيطه و ليس من الربا و كذا يجوز الصلح على تعجيل بعض بزياده الأجل فى الآخر

(۱۵۱) لو تبرع المقترض

بإعطاء الزياده للمقرض من غير شرط جاز، فان خير القرض ما جرّ نفعا، و انما يأتى الربا من الشروط و خير الناس أحسنهم قضاء، و اقترض النبى بكرا فرد بازلا،

(۱۵۲) لا تصح قسمه الدين

فلو كان لاثنين أو أكثر مال على اثنين أو أكثر فنقاسماه بان يكون لأحدهما ما فى ذمه زيد و للآخر ما فى ذمه عمرو لم يصح و كان الحاصل لهما و التالف عليهما

«۱۵۳» يصح بيع الدين المؤجل بحال على من عليه و على غيره

بزياده و نقيصه من غير جنسه أو من غير الربوى و الا فلا بد من المساواه، و كذا يجوز بيع الحال بحال على غيره مع المساواه ان كان ربويا و مطلقا فى غيره، اما بيع

المؤجل بالمؤجل فمع المساواه مشكل، مع عدمه أشكل.

«۱۵۴» لو فقد الدائن اجتهد المدیون فی طلبه

فان وحده و الا فإن حصل الیقین بموته و لو حسب العاده بعدم بقائه و اختفی خبره فی تلک المده و انه لو کان لبان دفع الدین لورثته و ان لم یکونوا أو تعسر دفعه الی حاکم الشرع.

(۱۵۵) قیل ان من لا یستطیع الوفاء عاده یحرم علیه الاستقراض

و الأصح جوازه مع نیه الوفاء سواء علم المقرض بفقره أم لا و ان کان الاولی الترک و لا سیما مع عدم الضروره اما مع عدم نیه الوفاء فلا إشکال فی حرمته مطلقا فإنه سرقه و اختلاس و لا یملک المقترض المال فی هذه الصوره و یحرم علیه التصرف به.

(۱۵۶) من کانت فی ذمته دراهم قرضا أو ثمن مبیع أو مهرا أو غیر ذلک فسقطت المعامله بها

فان بقیت لها قیمه یعتد بها فهی اللازمه علیه و ان لم یبق لها قیمه فما یساویها قبل السقوط، اما لو نقصت أو زادت فالعین الا ان تکون الزیاده فاحشه، و لعل المشهور لزوم العین مطلقا حتی مع السقوط مطلقا و هو بعید.

الکتاب الرابع (فی الوصیه)

(۲۵۷) الوصیه نوعان

- تملیکیه و عهدیه و ترجع الاولی الی الثانیه و هی اسم مصدر من أوصاه المزید أو وصاه المضاعف ای عهد إلیه یعنی جعل الأمر فی عهدته أو عهد علی نفسه بأمر و الی هذا تعود التملیکیه فاصل الوصیه العهد و التعهد.

«۱۵۸» الوصیه العهدیه إعطاء شخص سلطه بعد الموت علی حقوقه الخاصه به لآخر،

و هی التی ندب إلیها الشارع و قال هی حق علی کل مسلم و من لم یحسنها عند موته کان نقصا فی مروته و الأصل فیها قوله تعالی کُتِبَ عَلَیْکُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَکَ خَیْراً الْوَصِیَّهُ- إلی قوله عز شأنه فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّهَ سَمِیعٌ عَلِیمٌ.

و یعبر عن هذه السلطه تاره بالولایه و اخری بالاستنابه أو الوکاله بعد الموت و قد تجب إذا کان علیه واجبات من دیون للمخلوق أو الخالق لا یأمن أن تؤدیها الورثه أو برد ودائع أو محافظه علی مال قصیر و نحو ذلک مما یعود الی کل ما له السلطه علیه فی حیاته و ما یعود الی حقوقه الشخصیه حیاً و میتاً و منه تملیکه بعض أمواله لشخص آخر بعد الموت و هی الوصیه التملیکیه المعبر عنها بأنها تملیک مجانی بعد الموت

فالتمليـک منجز و لکن التملک معلق على الموت اما لو قال ادفعوا له أو ملکوه بعـد موتى فهى من العهـديه و استيفاء البحث فى الوصيه يستدعى قطع مرحلتين.

(الاولى) (فى الوصيه التمليکيه)

اشاره

و اللازم النظر فى أرکانها الأربعه. و الموصى. و الموصى له. و الموصى به. و الوصيه

(۱۵۹) الوصيه عند المشهور عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول

و الحق انه برزخ بين العقد و الإيقاع کالوکاله و نظائرها فإذا أوجب الموصـى و قبل الموصـى له صارت عقداً و إذا لم يقبل و لم يرد حتى مات الموصى لزمته و صارت إيقاعا، و الثمره ضئيله.

(۱۶۰) يکفى فى الإيجاب من الموصى کلما دل على التمليک بعد الموت

حتى الکتـابه و الإشـاره من القـادر فضـلا عن العـاجز فلو وجـد کتاب بخطه أو خاتمه ان فلانا وصـى أو ان دارى مثلا لفلان بعد موتى و علم انه أراد ذلک کفى، و اللفظ الصريح لفلان بعد وفاتى کذا أو أعطوه بعد وفاتى کذا أو أوصيت له بکذا.

(۱۶۱) کذلک يکفى فى القبول کلما دل عليه من لفظ أو فعل أو إشاره

بل يکفى عدم الرد الى موت الموصى فتملک الموصى له المال قهراً و لو رد فى الحياه ثم قبل ملک بالموت اما لو قيل بعد الرد

و الموت فالمشهور انه لا یملک و کذا لو رد بعد الموت لم ینفع القبول بعده و فی الفرق تأمل.

«۱۶۲» یعتبر فی الموصی الکمال بالعقل و البلوغ

فلا تصح من المجنون و لا من الصبی إلا إذا بلغ عشراً و کان رشیدا و لا من المغمی علیه و لا من السکران، و الاختیار و الحریه، ان کانت الوصیه بمال و عدم السفه و الفلس الا مع اجازه المولی أو الولی أو الغرماء و من أحدث بنفسه ما یوجب هلاکه من جرح أو شرب سم و نحوها ثم اوصی لم تنفذ وصیته و لعله لدلالته علی السفه و لو عوفی و استمر علیها نفذت:

[۱۶۳] یعتبر فی الوصی ای الموصی له- الوجود حال الوصیه،

فلو اوصی لمیت أو معدوم أو لما تحمله هذه المرأه أو لمن یولد لفلان بطل ان کانت تملیکیه و ابتدائیه اما لو کانت تبعیه کما لو اوصی بها لولده الموجود و لمن یولد له صحت کما یصح فی الوقف أو عهدیه کما لو اوصی بصوم أو صلاه عن ذمه میت صحت أیضا کما تصح للحمل الموجود تملیکا و لا تستقر الا بانفصاله حیا کالإرث فلو ولدته میتا انکشف بطلانها و المدار علی حین الولاده لا حین الوصیه و لو تعدد قسمت بالسویه و لو اختلفوا بالذکوریه و الأنوثیه و لو مات بعد الولاده انتقلت الی ورثته إرثا لا وصیه.

(۱۶۴) یعتبر فیه التعیین أیضا فلو أوصی لأحد الرجلین بطل

ان کان علی التملیک اما علی العهدیه فلا مانع و یکون المعهود الیه

مخیرا فی تعیین المعهود له، و لو اوصی لنکره أو کلی کفقیر أو الفقیر صح و تکون عهدیه و التخییر للوصی فی المصداق.

(۱۶۵) یعتبر فیه الحریه أیضا

فلا تصح الوصیه لعبد غیره بناء علی عدم ملکیه العبد و لا تجدی هنا اجازه المولی، و تصح الی مملوکه فتنصرف الی عنقه فان ساوت قیمته فلا شی ء له و ان نقصت سعی بالباقی للورثه و ان زادت کان له الزائد کل ذلک حیث لا تزید الوصیه علی الثلث و الا وقفت علی اجازه الورثه فی الزائد.

(۱۶۶) لا تصح الوصیه فی المعصیه أو ما یؤدی الی الإعانه علی الإثم

کالوصیه للفاسق الذی یستعین علی الغش أو الظالم الذی یستعین بها علی الظلم أو عماره البیع و الکنائس و نحوها و تصح الوصیه للذمی و ان کان غیر رحم لا للحربی و ان کان رحما.

(۱۶۷) إذا اوصی لذکور و إناث و أطلق فالتسویه

و ان قال علی کتاب اللّه فبالتفاوت و ان فضل اتبع حتی لو فضل الأنثی و لو اوصی للأخوال و الأعمام و فضل اتبع و ان أطلق فالتسویه و ان قال علی کتاب اللّه فللأعمام الثلثان و للأخوال الثلث، و لو اوصی فی سبیل اللّه فلیجمع اعمال الخیر و التعیین الموصی و الوصیه لقرابته و عشیرته و قومه و أرحامه و هکذا مرجعها الی العرف، و الی الفقراء ینصرف الی فقراء ملته، و الجار ساکن الدار مالکا أو غیره و یرجع فی تعیینه الی العرف.

(۱۶۸) یعتبر فی الموصی به کونه مملوکا له و لو بنحو الاستحقاق

أو الاختصاص و قابلاـ للانتقال فلو اوصى بمال الغير عن نفسه بطل و عن الغير وقف على الإجازه و لا تصح بالوقف و لا بأم الولد و لاـ بحق القصاص و نحوه من الحقوق كما لا تصح بما ليس فيه منفعه محلله مقصوده للعقلاء اما لخسته كحبه حنطه أو لحرمه الانتفاع به كآلات اللهو و القمار

«۱۷۸» لا يشترط وجود الموصى به حال الوصيه

فتصح بما ستحمله الدابه أو الشجره و بمنافع الدار فى المستقبل مؤبده أو موقته و تخرج المنافع من الثلث بتقويم العين مساويه المنفعه ثم تقوم بمنافعها و يكون التفاوت هو الموصى به، و لا يعتبر فيه القدره على التسليم فتصح بالعبد الآبق و المال الضائع بلا ضميمه، و لاـ التعيين فتصح بالجزء المشاع و بالكلى و لو فى المعين كصاع من صبره أو صاع من حنطه، و لا المعلوميه- فتصح بأحد العبدين أو بما فى الصندوق و بالقسط و النصيب و القليل و الكثير و التعيين للوصى أو الوارث بما شاء ان لم يعلم إرادته لمقدار معين و كذا لو اوصى بالعشر من ماله أو الجزء أو السهم.

«المرحله الثانيه» (فى الوصيه العهديه)

اشاره

بمعنى الوصيه إليه لا الوصيه له و اللازم أيضا النظر فى أركانها الأربعه الوصيه و الموصى و الوصى و متعلق الوصيه.

(۱۶۹) تتحقق الوصيه هنا أيضا بكل ما دل عليها من لفظ و غيره

و اللفظ الصريح جعلتك وصيا على أداء ديونى و إخراج ثلثى و قيما على الصغار من ولدى أو أنت وصى عنى و أمثال ذلك، و القبول كما سبق و يكفى عدم الرد فتكون إيقاعا.

(۱۷۰) يعتبر فى الموصى جميع ما تقدم من البلوغ و العقل و الرشد و الاختيار و الحريه

فلا تصح من الصغير إلا إذا بلغ عشراً و اوصى بمعروف و لا من المجنون و لا من السفيه و لا من المكره و لا من العبد و لا ممن أحدث بنفسه ما يوجب هلاكه.

[۱۷۱] يعتبر فى الموصى إليه أى الوصى

مضافا الى ما يعتبر فى الموصى له من الوجود و الكمال بالعقل و البلوغ و الرشد و الاختيار و الإسلام و القدره على القيام بالوصايا بل و العداله على الأحوط و ان كان الأقوى كفايه الوثوق بأمانته و قيامه بالواجب فى الوصيه و ان كان غير عدل فى نفسه، فلا تصح الوصيه إلى معدوم و لا الى المجنون و لا لصغير الا مع ضم كبير اليه فيتصرف و إذا كبر الصغير ليس له حق الاعتراض إذا كان الكبير قد جاء بالوصايا على وجهها كما لا تصح الوصيه إلى السفيه و المكره و الكافر مطلقا و العاجز الذى لا يقدر على العمل و لو توكيلا أو استئجارا كالمريض المدنف و الشيخ الهرم و الضعيف رأياً و تدبيراً و أمثال ذلك و من لا يوثق بأمانته و قيامه بالواجب.

(۱۷۲) انما تصح الوصيه فى ثلث أمواله و حقوقه الماليه

كحق الخيار و نحوه و كافه حقوقه الشخصيه مثل ولايته على أولاده الصغار و شئون تجهيزه كدفنه و تكفينه و الصلاه عليه و وفاء ديونه و رد ودائعه و المطالبه بها و إضراب ذلك.

(۱۷۳) لا تنفذ وصيته الا بالثلث

فلو أوصى بأكثر وقفت على اجازه الورثه و لو لم يكن له وارث إلا الامام كان له ان يوصى بجميع ماله حيث شاء من وجوه البر و لا تتوقف على إجازه الإمام أو نائبه، و كذا تنفذ وصيته فى عامه أمواله فيما لا يزاحم الورثه فى جهته الماليه كما لو قسم أعيان أمواله على ورثته و خص كل واحد منهم بعين بمقدار حصته و خص ثلثه فى دار أو بستان و نحوها مما لا تزيد على الثلث أو باع عينا بثمن المثل منجزا أو بخيار أو اوصى ببيعها بعد موته بثمن المثل فان الجميع نافذ:

[۱۷۴] كما ان الوصيه برزخ بين العقد و الإيقاع كذلک هى برزخ بين الجواز و اللزوم

فما دام الموصى حيا فلكل منهما الرجوع حتى بعد قبول الموصى له أو اليه اما لو رد فى حياه الموصى و بلغه و استمر الى ان مات الموصى فلا وصيه و ان قبل بعد الرد و بلغ الموصى و لم يعدل الى غيره الى ان مات لزمته الوصيه، و لو اوصى شخصا أو اوصى له و لم يعلمه الى ان مات لزمته حتى مع علم الموصى بأنه لو أعلمه لرد، و لو رد و لم يبلغ رده الى الموصى لزمته أيضا.

(۱۷۵) كل تصرف مالى منجز يخرج من مجموع المال

حتى فى مرض الموت و حتى المحاباه كالهبه و العتق و نحوها و كل تصرف

مالی معلق علی الموت کالتدبیر و الوقف و الإبراء و النذر و نحو ذلک تخرج من الثلث، و کل تصرف یقصد منه حرمان الورثه أو بعضهم أو یجحف بحقهم فهو باطل و یعلم قصد الحرمان بقرائن الأحوال بنظر الحاکم و اللّه العالم.

(۱۷۶) کذلک یخرج من مجموع الترکه سواء کان قد أوصی أم لا

- تجهیزاته الواجبه من کفن و غیره حتی السدر و الکافور و تقدم علی کل شی ء حتی الدیون للخالق أو المخلوق ثم تخرج من الأصل أیضا حقوق المخلوق التی فی ذمته قرضا أو غیره مع حقوق المخلوق التی فرضها الخالق کالخمس و الزکاه و المظالم و الکفارات و الجمیع فی رتبه واحده و إذا لم تف الترکه وزعت بالنسبه کغرماء المفلس و منها حجه الإسلام و ما وجب من النذر من المستحبات المالیه أو الموقوفه علی بذل مال کالحج و الزیاره و ما وجب علیه بالإجاره من صوم أو صلاه و نحوهما، فالحقوق المالیه تخرج من الأصل اتفاقا مطلقا (و اما الحقوق البدنیه) کالصوم و الصلاه فقد یقال ان المشهور خروجها من الثلث فلو لم یوص سقطت و الأصح انها تخرج من الأصل أیضا إلا ان یوصی بخروجها من الثلث اما المستحبات فتخرج من الثلث اتفاقا لو اوصی بها أو نذر الوصیه بها.

(۱۷۷) إذا اوصی و أطلق و انصرف الی إراده إخراج الثلث

و ان لم یصرح به و إذا صرح أو لم یصرح بمصارف الثلث فاللازم الرجوع الی حاکم الشرع حتی یوزعه علی الحقوق المالیه

و البدنيه ان كانت عليه كما هو الغالب و لم يخرجها الورثه من الأصل كما هو المتعارف و إذا لم يكن عليه واجبات يوزعها الوصى بنظر حاكم الشرع فى المستحبات فإنه أعرف باختلاف المقامات و رعايه المناسبات و تشخيص الأهم فالأهم، و إذا لم يف الثلث بالواجبات تعين أخذ التتمه من الأصل.

«۱۷۸» إذا اوصى بوصايا متعدده

فإن تناقضت كما لو قال ثلثى لزيد ثم قال لعمرو فالعمل على الأخيره و يكون عدولا و الا تعين العمل بالجميع، و ان كان فيها واجب و مستحب قدم الواجب و ان تأخر بالذكر و ان كانت كلها مستحبات و لم يف بها الثلث و لم تجز الورثه قدم الأهم فالأهم فإن تساوت قدم الأول فالأول فإن تساوت كما لو قال لكل واحد من أرحامى مائه وزع عليهم و ان لم يمكن فالقرعه كما لو علم الترتيب و اشتبه.

«۱۷۹» الثلث الذى يتعين لإخراج الوصايا منه يخرج من مجموع ما يملكه الميت قبل الوصيه

أو بعدها حتى من الحقوق كحق التحجير و الشفعه و الخيار و القصاص و أرش الجنابه إذا كان وليا على المجنى عليه فمات قبل الاستيفاء و أمثال ذلك بل و حتى ما يملكه أو يدخل فى حكم ملكه بعد الموت كديه الخطأ بل و العمد مع الصلح اما ديه قطع رأسه فهى له أجمع، كالجنابه عليه بعد موته و ما يملكه بسبب سابق على الموت كما لو نصب شبكه للصيد أو لاحق كما لو أبرأه الغرماء أو تبرع متبرع بوفاء دينه.

(۱۸۱) ما یتلف من الترکه قبل إخراج الثلث

ان کان بتفریط الورثه فالضمان علیهم و ان کان بتقصیر الوصی فعلیه و الا فالتلف علی الجمیع حتی الثلث بالنسبه فیلحق النقص بالوصایا علی نسبتها أیضا.

(۱۸۲) إذا اوصی بما زاد علی الثلث و أجاز الورثه لم یکن لهم الرد بعد ذلک مطلقا

حتی فی حیاه الموصی و لو أجاز البعض فقط نفذ فی حصته کما یجوز للجمیع اجازه البعض أو البعض البعض، اما الرد فلا اثر له فی حیاه الموصی و لهم الإجازه بعد موته و لو وقع بعد موته فلا اجازه بعده و هی تنفیذ لفعل الموصی لا ابتداء عطیه من الوارث فلا تجری علیها أحکام الهبه من اعتبار القبض و جواز الرجوع و ینتقل الملک فیها من الموصی الی الموصی له لا من المجیز فلو کان ممن ینعتق علیه لم ینعتق بالإجازه، و هی کاشفه لا ـ ناقله، و لا ـ عبره بإجازه الصبی و المجنون اما السفیه و المفلس ففیه خلاف و العدم أقرب.

«۱۸۳» لو اوصی بحرمان بعض الورثه من الإرث ولدا أو غیره لغت وصیته

نعم یمکن حرمانه من الثلث ان ترکه للورثه.

«۱۸۴» إذا مات الموصی له فی حیاه الموصی

فإن رجع الموصی کان المال له و لورثته و لا حق لورثه الموصی له أصلا و ان لم یرجع فالقاعده و ان اقتضت البطلان و لکن المشهور انتقال حق القبول للورثه لروایه قاصره الدلاله و السند و العمل علی المشهور أرجح بناء علی ان القبول حق فینتقل الی وارثه و ان کان لا یخلو من نظر، و ان مات بعد الموصی انتقل المال الموصی به الی ورثه الموصی له بناء علی الانتقال

بموت الموصی مطلقا و لو قبل القبول و القبض، و المدار علی الوارث حین موت الموصی لا الموصی له و من الموصی ینتقل إلیهم لا- الی مورثهم ثم إلیهم و ان کان الانتقال الیه ثم إلیهم لا یخلو من وجه و یظهر الأثر فی وفاء دیونه منه و ثلثه و استحقاق الزوجه منه و عدمه لو کان أرضا و غیر ذلک من الثمرات.

«۱۸۵» الوصی أمین

فلا- یضمن ما یتلف بیده بغیر تقصیر منه، و لو کان له دین علی المیت جاز ان یستوفیه من دون بینه و لا مراجعه حاکم و کذا یقضی دیونه التی یعلم بها و رد ودائعه إلی أهلها ورد المغصوب و العاریه إلی مالکه، و ان یشتری بالقیمه العادله لنفسه و ان یقترض من الترکه و ان یأخذ أجره المثل لعمله ان کان مما له اجره عرفا و الاولی للغنی ان یستعفف و للفقیر ان یأکل بالمعروف و الأحوط فی جمیع ذلک مراجعه الورثه فی أکثر تلک الموارد کوفاء الدیون و نحوها دفعا للتهمه، و هو کالوکیل لا یجوز له ان یتعدی ما نص علیه الموصی و ما حدده فان تعدی ضمن و مع الإطلاق فلا یتجاوز المتعارف و حیث لا متعارف عمل برأیه طبق المصلحه و لیس له ان یوصی الی غیره الا إذا صرح له الموصی بذلک و الا فالوصیه بعده لحاکم الشرع کما انه لو فسق أو خان فالأحوط بل لعله أقوی رجوع الأمر إلی الحاکم فاما ان یضم إلیه أمینا و اما ان یعزله الا ان یکون الموصی قد اشترط عدالته فینعزل بالخیانه و الفسق قهرا و یستقل الحاکم بها.

«۱۸۶» یجوز بل یجب للولی علی الصغار أو القاصرین لسفه و نحوه ان یجعل ولیا علیهم بعد موته

و لا تصح من الأب مع وجود الجد الجامع لشرائط الولایه و لا من الجد مع وجود الأب کذلک و لا من الام و لا سائر الأرحام و إذا فقدا و لم یعینا قیما فالولایه لحاکم الشرع لا غیر و له الإنفاق علیهم بالمعروف و القول قوله فی الإنفاق و قدره مع بقائه علی الامانه و لا یضمن الا مع التقصیر فی قدره و تلفه و ما أنفق منه کل ذلک بیمینه إذا نازعوه بعد کبرهم و لا یدفع لهم أموالهم إلا بعد ثبوت بلوغهم و رشدهم، و لو ادعی الدفع فانکروه فالقول قولهم بیمینهم.

«۱۸۷» عرفت ان منجزات المریض عند المشهور محاباه

و غیرها تخرج من الأصل و لا تتوقف علی اجازه الورثه و کذلک إقراراته مع عدم التهمه، و عندنا ان المقامات تختلف فالأولی بل الأحوط الرجوع فی مثل هذه المقامات الی حاکم الشرع لتشخیص ان التصرف علی حقیقته أو الغرض منه الحرمان أو شی ء آخر فیعطی لکل نوع حکمه.

«۱۸۸» قد عرفت رجحان الوصیه أو وجوبها

و لکن الأرجح أو الأوجب للمؤمن ان یکون هو وصی نفسه و لا یتکل علی غیره من قریب أو بعید فیأتی بکل ما یمکن تنجیزه من وفاء دیونه و أداء الحقوق التی علیه من خمس أو زکاه أو مظالم أو غیرها و یقضی فوائته من الصوم و الصلاه مع التمکن ورد الأمانات إلی أهلها

فإن تعذر عليه شی ء من ذلک أو کله عهد به موضحا و مفصلا إلی ثقه أمین و لا یوصی وصیه مجمله مبهمه تستوجب حیره الوصی و حاکم الشرع کما هو المتعارف فی هذا الزمان خصوصا عند الاعراب و اللازم علی أهل العلم المترددین علیهم ان یعلموهم و یوضحوا لهم شئونها و ما یلزم بیانه و ما یصح مما لا یصح فیها فان اللّه عز شأنه ما أوجب علی الجهال ان یتعلموا حتی أوجب علی حمله العلم ان یعلموا، و لیکن هنا ختام مباحث الوصیه سائلین من الحق تقدست عظمته ان یختم لنا بالحسنی و یجعلنا من خیره الأوصیاء و الموصین و العلماء العاملین و هو حسبنا و نعم الوکیل

(الكتاب الخامس) (فى الوقف)

اشاره

و قد جرت عاده الفقهاء على التعبير عن هذا العمل الخيرى بهذا العنوان الذى لم يرد التعبير به فى الكتاب الكريم أصلا، و لا فى السنه و الحديث الا نادرا و انما التعبير الشائع عنه فى السنه و أحاديث الأئمه سلام اللّه عليهم هو الصدقه و الصدقه الجاريه، و فى أوقاف أمير المؤمنين و الزهراء سلام اللّه عليهم هذا ما تصدق به على و فاطمه و وردت أخبار كثيره فى فضله و الحدث عليه و لكن بعباره (الصدقه الجاريه) و انه لا ينفع ابن آدم من بعده الا ثلاث ولد صالح و علم ينتفع به و صدقه جاريه و قد استفاض هذا المضمون فى اخبار أهل البيت (ع) و لكن المؤسف ان هذا المشروع الخيرى قد انعكس و صارت الأوقاف الخيريه العامه اكله و العوبه بأيدى المتنفذين يستغلونها لأنفسهم و ينفقون أكثرها فى شهواتهم، و لا حسيب و لا رقيب و لا سامع و لا مجيب، أما الأوقاف الخاصه فقد صارت من أقوى أسباب الفتن و الفساد و البغضاء و الشحناء بين الأقارب و من أشد دواعى تقاطع الأرحام و إثاره الدعاوى و الخصومات بل كثيرا ما ينجر الى خراب الوقف و اضمحلاله فضلا عما يترتب عليه من تلف الأموال بل و النفوس، كل ذلك من الجهل الفاشى و غلبه الحرص و الاستئثار

و مصارع العقول (كما يقال) تحت بروق المطامع، فلا حول و لا قوه و قد عرفت فى بعض الأجزاء المتقدمه- ان التمليك المجانى ان كان لا بقصد القربه فهو الهبه و ان كان بقصد القربه أو لزومها فهو الصدقه بمعناها العام و هى نوعان منقول و هو واجب و مستحب فالواجب الزكاتان زكاه الأموال المنوه عنها بقوله تعالى إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ الى آخرها، و زكاه الأبدان المشار إليها بقوله عز شأنه قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكّى وَ ذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلّى، و الصلاه فى الكتاب الكريم دائما أو غالبا مقدمه على الزكاه إلا فى هذا المقام لأن الفطره يجب تقديمها على صلاه العيد، اما المستحب فهى الصدقه المتعارفه كإعطاء درهم أو كسره خبز و نحوها للفقير، و اما غير المنقول كالدار و العقار و نحوها و هى أيضا نوعان فإنه إذا أخرج العين من ملكه و ملكها لغيره بقصد القربه و الدوام فهو الوقف و ان لم يملك القربه بل ملك المنافع فقط مده معينه فهو الحبس و فروعه من العمرى و الرقبى و السكنى- هذا على طريقه المشهور من ان الوقف إخراج عن الملك و تمليك للغير و جعلوا الفرق بينه و بين الحبس كالفرق بين البيع و الإجاره و من أجل هذا وقعوا فى محاذير أشكل عليهم التفصى عنها، و التحقيق عندنا ان الوقف ليس إخراجا عن الملك و لا تمليكا للغير بل هو تقييد الإنسان ملكيته المطلقه، فأنت حين تملك دارك تملكها ملكيه مطلقه صالحه للنقل و الانتقال حسب إرادتك فتبيعها أو تهبها و تفعل بها ما تشاء و حين أوقفتها أو وقفتها قيدت

ملکیتک فلا تقدر علی بیعها و لا رهنها و لا ای تصرف بتعلق برقبتها فهذه ملکیه واقفه مقیده و تلک متحرکه مطلقه لان المالک قید نفسه و منعها بالوقف عن التصرف فیها من حیث النقل لا ـ انه أخرجها عن ملکه نعم ملک منافعها لغیره فالوقف من هذه الجهه مثل التحبیس و أنواعه و هذا المعنی هو المطابق تماما لما فی الحدیث النبوی (حبس الأصل و سبل المنفعه) نعم یفترق الوقف عن الحبس من وجهین (الأول) انه فی الوقف منع نفسه عن التصرف بالعین مع بقائها فی ملکه بخلافه فی التحبیس فإنه بتصرف بها کیف شاء (الثانی) انه ملک المنافع للغیر فی الوقف ملکیه دائمه فی التحبیس ملکیه موقته و بهذا التحقیق تنحل جمله من المشکلات التی سیأتی الإشاره إلی بعضها،، ثم ان مطلق الوقف علی نوعین خاص- و عام- فالخاص ما کان علی افراد معینین متعاقبین و العام ما کان علی الجهات العامه کالقناطر و المساجد و المدارس و یلحق بالعام ما کان علی کلی کالفقراء و طلاب العلوم.

و اللازم النظر فی أحکام الوقف المشترکه بین جمیع أنواعه و بیان أرکانه الأربعه صیغه الوقف- الواقف. و الموقوف، و الموقوف علیه، ثم الأحکام العامه فهنا خمسه فصول.

الفصل الأول (فی الوقف و صیغته و شروطه)

«۱۸۹» المشهور اعتبار الصیغه الخاصه فی الوقف

فلا یصح بدونها و اللفظ الصریح هو وقفت أو تصدقت و اختلفوا فی کفایه مثل حبست و أبدت و الأصح کفایه کل لفظ یدل علیه و لو بالقرینه مع قصد معناه و لا یلزم العربیه و لا الماضویه و تکفی الجمله الاسمیه مثل قول القائل داری وقف قاصداً بها الإنشاء، و کذا لو قال حبست داری و قصد الوقف مع القرینه.

«۱۹۰» بناء علی اعتبار الصیغه فلا یصح الوقف بالمعاطاه

کما لو دفع الدار قاصدا انها وقف علیه نعم ذکر بعض الفقهاء انه لو بنی مسجدا و اذن للناس بالصلاه فصلی فیه مسلم صح الوقف و صار مسجدا و کذا فی القناطر و الخانات و أمثالها من الخیرات العامه و کذا فی مثل الحصر و البواری و کل ما یلزم للمساجد و المشاهد من الآلات و الأصح عندنا انها وقف عملی علی الجهه و یصح بهذا النحو من المعاطاه فی مثل هذه الأشیاء و لا یطرد فی غیرها.

(۱۹۲) المشهور ان الوقف عقد یتوقف علی الإیجاب و القبول،

و القبول فی الوقف الخاص یکون من المتولی و فی الأوقاف العامه من حاکم

الشرع، و الأصح عدم لزومه و ان كان هو الأحوط و الوقف على الصغير يكفى فيه قبول وليه.

«۱۹۲» المشهور اعتبار القربه فى صحه الوقف

و خالف فيه السيد الأستاذ قدس سره للإطلاقات و الأقوى عندنا اعتبارها لما عرفت من ان الوقف صدقه و الصدقه قوام حقيقتها بالقربه و بها تمتاز عن الهبه فقصد القربه فى جميع أنواع الوقف لازم و هى ممكنه حتى من الكافر.

«۱۹۳» من شروط الوقف الركنيه الإقباض

و قد عرفت ان جميع التمليكات المجانيه لا تحصل و لا تصح الا بالقبض و هو شرط الصحه فلو أوقف و مات الواقف أو الموقوف عليه قبل القبض لم يكن لوقفه اى اثر و يكون ميراثا ففى الخبر كل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار و كل ما سلم فلا خيار فيه، و لا يشترط فى القبض الفور فيصح و لو اقبضه بعد مده طويله.

«۱۹۴» إذا أوقف على أولاده الصغار يكفى نيه القبض عنهم

ان كان الوقف بيده و الا احتاج الى قبض جديد و لو كان الوقف بيد الموقوف عليه أو وكيله أو وليه كفى، و لو وقف مسجدا أو مقبره كفى فى لزومه صلاه واحده و دفن ميت واحد بقصد كونه مسجدا أو مقبره، و الوقف على الجهات العامه لا بد فيه من قبض المتولى أو حاكم الشرع أو وكيله.

(۱۹۵) من شروطه الركنيه أيضا الدوام

بمعنى عدم توقيفه بمده قلت

أو كثرت و هو داخل فی حقیقه بمعنی جعل الملک واقفا لا یتحرک ابدا و هو المائز بینه و بین الحبس الذی هو إیقاف منافعه مده معینه

(۱۹۶) أو وقف علی من ینقرض غالبا

کما لو وقف علی أولاده الصلبیین و لم یذکر من بعدهم فقیل یکون وقفا منقطع الآخر و قیل حبساً ثم یعود الیه أو الی ورثته و قیل یبطل رأسا و خیرها أوسطها و بشکل عوده بناء علی المشهور من خروجه عن ملک الواقف و ینحل علی طریقتنا.

(۱۹۷) و من شروطه أیضا التنجیز

فلو علقه علی شرط کقدوم زید أو صفه کأول الشهر لم یصح علی المشهور نعم لو علقه علی صفه حاصله کیوم الجمعه فإذا قال ان کان هذا یوم الجمعه فهو وقف صح

(۱۹۸) ذکروا ان من شروطه إخراج نفسه من الوقف

و استدلوا باخبار لا دلاله فیها و حیث ان حقیقه الوقف هو تغییر نحو الملکیه فلا مانع من جعل ملکه واقفا علیه و علی جماعه مخصوصه لا ینتقل عنه و عنهم الی غیره فان تم الإجماع فهو و الا فلا مانع.

(۱۹۹) لو وقف علی أولاده أو علی جهه عامه

و اشترط أداء دیونه من غله الوقف فالمشهور البطلان و کذا لو اشترط إدرار مئونته لأنه یعود الی الوقف علی النفس و اللازم هنا التفصیل بین ما لو وقفه ان علیهم و علی إیفاء دیونه فیبطل الثانی فقط و ان وقفه علیهم و اشترط یؤدوا دینه أو یقوموا بنفقته فالصحه، و لو اشترط إدرار مئونه عیاله أو وفاء دینهم صح و لو کانوا واجبی النفقه، و لا فرق بین کون الدیون

للناس أو حقوقا شـرعيه كالخمس و الزكاه و الحج و نحوها سواء اشترط أدائها فى حياته أو بعد مماته و كذا لو اشترط الزياده أو قرائه القرآن عنه أو على قبره و الوقف فى جميع هذه الصور وقف خاص و ليس من الوقف العام الخيرى.

(۲۰۰) إذا عين الواقف متوليا خاصا و لو نفسه تعين

و ان لم يجعـل متوليـا فالولاـيه فى الوقف العـام لحـاكم الشـرع و فى الخاص للموقوف عليهم فان تشاحوا و لم يتفقوا رجع الأمر أيضـا الى الحـاكم و يجوز ان يعين مقـدارا من غله الوقف للمتولى و لو نفس للواقف و ليس هو من الوقف على النفس بـل على العنوان و هو حق التوليه زاد عن اجره عمله أو نقص و لو عين له مقدارا كمائه درهم و لم تزد عله الوقف على ذلك لوحظ اجره أمثاله و أخذ بالنسبه و حق التوليه جزء من الوقف لا استثناء من الوقف.

(۲۰۱) لا مانع من وقف العين من حيث بعض منافعها دون بعض

فيوقف النخيـل مثلاـ من حيث ثمرهـا لاـ من حيث حطبهـا و كربها و البقره من حيث لبنها لا من حيث حرثها و الكتاب من حيث المطـالعه لاـ الاسـتنساخ فتبقى ما عـدى الجهه الموقوفه على ملكه و لكن لا حق له فى بيع العين و ان كانت أكثر منافعها مملوكه له، و الوقوف على ما يقفها أهلها واف بصحه ذلك.

(۲۰۲) الوقف على الجهات العامه كالمدارس و المنازل و الفنادق للمسافرين و نحوها

يجوز للواقف الانتفاع بها كسائر الناس اما الوقف

على العنوان مثل الفقهاء و الفقراء و طلبه العلوم ان كان منهم أو دخل فيهم فان كان الوقف على التوزيع أشكل دخولهم على المشهور و ان كان على نحو الجهه و المصرف جاز على الأصح و كذا لو وقفه على امام المسجد و نحوه و صار هو امام المسجد.

«۲۰۳» و لو اشترط فى الوقف عوده اليه عند حاجته فالمشهور صحه الشرط

و قيل بالبطلان و قيل يصح حبسا و هو الأصح بناء على اعتبار التأبيد فى الوقف و بناء على عدمه فالأول و فى بعض الاخبار دلاله على الثانى و لا يبعد حمله على الحبس لا البطلان مطلقا

الفصل الثانى (فى شروط الواقف) [۲۰۴] يشترط فيه البلوغ و العقل

و الاختيار و الحريه و عدم كونه محجورا لفلس أو سفه، و فى بعض الاخبار صحه وقف من بلغ عشرا كصحه وصيته و هو مع ثبوت رشده متجه، و يصح وقف الكافر إذا حصلت منه نيه القربه حتى لو كان على البيع و الكنائس و بيوت النيران و أمثالها.

الفصل الثالث (فى شرائط العين الموقوفه)

(۲۰۵) يشترط فى الموقوف ان يكون مما يمكن الانتفاع

به مع بقاء عينه فلا يصح وقف شـى ء من المنافع مثل سكنى الدار و ركوب الدابه و لا وقف الأعيان التى لا ينتفع بها إلا بإتلافها كاعيان المأكولات قاطبه و المشـروبات أيضا و لا يصـح وقف الـدين مع بقائه على هذا العنوان و لا وقف الكلى فى ذمه الواقف لعدم الانتفاع به الا بتشـخيصه، و مناقشه السيد الأستاذ قدس سره فى ملحقات العروه واضحه الضعف، و لا حاجه الى الإجماع بل فى الأصل و القاعده كفايه.

(٢٠۶) لا يصح وقف المجهول مطلقا

فلو قـال وقفت شـيئا أو دارا أو عبـدا لغـا و لا وقف عبـد من عبـدين و دار من دارين و لا وقف الكلى فى المعين كمائه ذراع من هذه الأرض كل ذلك للأصل و عدم عموم يصـلح لشمول مثل هذه الفروض النادره و المعلوميه و عدم الجهاله معتبره فى جميع العقود و مناقشات الأستاد لا محل لها.

(٢٠٧) لا تضر الإشاعه فى صحه الوقف إجماعا

مطلقا سواء وقف مشاعا فى المعين أو مشاعا فى المشاع نعم لا يصح الإبهام كما لو وقف حصته فى داره.

(٢٠٨) من شروط الموقوف ان يكون صالحا للملكيه

فلا يصح للمسـلم وقف الخنزير مثلا و لو على الكافر نعم لا يصح من الكافر على الكافر و كذا لا يصح وقف الأعيان التى لا قيمه لها اما لكرامته كالحر أو لخسـته كالكلب و الحشـرات و ما يلحق بها من المسـتقذرات و ان يكون مملوكا له فعلا فلا يصح وقف مال الغير الا على نحو

الفضوليه ان قلنا بعمومها.

(۲۰۹) من شروطه أيضا إمكان الإقباض عاده لا إمكانه ذاتا

فلا يصح وقف الطير فى الهواء و ان كان مالكا له إذا كان مما لا يعود عاده و لا العبد الآبق كذلك و لو مع الضميمه و ان صح بيعه معها و لا العين المغصوبه التى لا يقدر عاده على ردها لا هو و لا الموقوف عليه

[۲۱۰] يعتبر فى الموقوف أيضا ان يكون مما يبقى بعنوانه زمانا يعتد به

فلا يصح وقف مثل الورد و الريحان و أمثالها مما لا تبقى الا زمنا قليلا.

(۲۱۱) يعتبر فيه أيضا ان لا يكون مما يحرم اقتناؤه

و يجب إتلافه كالأصنام و آلات القمار و اللهو، و ان تكون المنفعه المقصوده بالوقف محلله فلا يجوز وقف الدار أو الدكان لبيع الخمر أو آلات القمار فيه و الدابه لحمل الخمر و الخنزير عليها.

(۲۱۲) يصح وقف الدراهم و الدنانير إذا أمكن الانتفاع بها منفعه محلله مع بقاء عينها

و لكن لا يصح بعد وقفها الشراء بها و لا اقراضها و لا رهنها لان الوقف لا يصلح للنقل و الانتقال نعم يصح إعارتها و إجارتها و نحو ذلك مما لا يوجب نقل عينها.

(۲۱۳) يصح وقف ما لا منفعه فيه فعلا و لكنه مستعد لها

كالفسيل المغروس و نحوه نعم لا يصح وقف الخضراوات و نحوها مما لا ينتفع به الا بجذاذه

(۲۱۴) يشترط فى العين الموقوفه ان لا تكون متعلقه حق للغير

فلا يصح وقف العين المرهونه و لا أم

الولد و لا المكاتب و يجوز وقف المدبر و يكون رجوعا.

الفصل الرابع (فی شروط الموقوف علیه)

(٢١٥) یعتبر ان یکون موجودا حال الوقف

فلا یصح علی المعدوم الذی یمکن وجوده کمن یولد له من هذه المرأه فضلا عن المعدوم الذی لا یمکن عاده وجوده و لا علی الموجود الذی صادف موته حین الوقف بل ظاهرهم الإجماع علی عدم صحه الوقف علی الحمل مع أنهم أجازوا الوصیه له.

اما المعدوم فلعدم أهلیته للملکیه لأنها عرض لا بد له من موضوع موجود مضافا الی عدم إمکان القبض و کذلک الحمل و للمناقشات هنا مجال واسع و لکنک عرفت ان الأصل فی کل مورد من موارد الشک عدم الصحه أو العمومات قاصره، و هذه الفروع نادره، لم یرد بها سیره و لا سنه فالعمل بها هو المشهور من عدم الصحه متعین.

(٢١۶) لو وقف علی موجود و معدوم صح فی الموجود و بطل فی المعدوم بمقدار حصته،

و لو وقف علی موجود و بعده علی معدوم أو بدء بالمعدوم بطل فی المعدوم بلا إشکال أما الموجود فقولان و لو قیل بالصحه حبسا فی الأول بل و فی الثانی کان له وجه.

(٢١٧) یجوز الوقف علی المعدوم تبعا للموجود

فلو قال وقفته

على أولادى الموجودين و على من يولـد لى صح بل لو قال و هم بعد وجودهم مقدمون فى الوقف على الموجودين صح أيضـا كما يصح على أولاده نسلا بعد نسل و بطنا بعد بطن فيكون وقفا على الطبقات تشريكا أو ترتيبا، هذا هو الشرط الأول من شروط الموقوف عليه اعنى الوجود

[۲۱۸] (الشرط الثانى) ان يبتدأ الوقف بمن له أهليه التملک حين الوقف

فلا يجوز الوقف على المملوك بناء على عـدم ملكيته و لا على الحربى و لا المرتـد الفطرى بناء على عدم أهليتهم للتملك و فى الجميع نظر، و عدم جواز الوصـيه له كما فى صـحيحه محمد ابن قيس «لا وصـيه لمملوك» لا يقتضـى عدم جواز الوقف عليه الا على القياس الفاسد.

(۲۱۹) «الثالث» التعيين فلا يصح الوقف على أحد الشخصين أو أحد المسجدين،

و هو شـرط فى عـامه العقود بـل و فى عـامه الإيقاعات لأن معانيها كالاعراض الخارجيه التى لا تتحصل إلا فى موضوعات متعينه ذهنا أو خارجا و مفهوم أحدها لا يتعين فيه أصلا فما اختاره الأستاد قدس سره من الصحه غير سديد.

«۲۲۰» «الرابع» ان لا يكون موقوفا عليه لصرفه فى المعصيه

أو مع العلم بأنه يستعين به على المعصيه.

«۲۲۱» يجوز وقف المسلم على الكافر بعنوانه الخاص

لا من حيث كفره إذا لم يكن فيه اعانه له على المعاصـى أو مساعده على الكفر سواء كان رحما أم لا ذميا أو غيره لانه من البر و الإحسان

المحبوب شرعا لمطلق الإنسان بل حتى للحيوان المؤيد ذلك بكريمه قوله تعالى لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ و لا تعارضها آيه لَا تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ فإن النهى عن الموده من حيث المحاده لا ـ من حيث البر و الإحسان أو تأليف القلوب و نحوها من الجهات الراجحه عقلا و شرعا اما الوقف عليهم بالعناوين العامه كالفقراء أو الغرباء و نحو ذلك مما علم قصد الواقف العموم فلا ينبغى الإشكال فيه.

الفصل الخامس (فى الاحكام)

اشاره

و فيه مقصدان)

«المقصد الأول» (فى الألفاظ التى تقع فى كلام الواقفين

اشاره

و هى تتعلق بجهه الموضوع و لا بد من)

تمهيد مقدمه

اعلم ان المدار فى الألفاظ التى يستعملها الواقف أو الموصى أو الواهب فى إنشاء الوقف و الوصيه و الهبه و نحوها انما هو على ما قصده المتكلم من اللفظ لا على ما هو الموضوع لغه أو عرفا فإذا كان معنى الفقر مثلا لغه أو شرعا هو من لا يملك قوت سنه و قصد الواقف منه

فی صیغه الوقف خصوص من لا یملک قوت یومه فالوقف یختص بما قصده من لفظ الفقیر لا ما هو مدلوله شرعا أو لغه و هذا هو المعیار لا ـ فی الوقف و أخواته فقط بل علیه المدار فی سائر العقود حتی البیع و الإجاره و أضرابها و لعله یندرج فی قولهم العقود تابعه للقصود، هذا إذا علم مراد المتکلم و قصده من اللفظ حقیقه أو مجازا أو غلطا، اما حیث لا یعلم المراد فهنا تأتی قضیه الوضع لغه أو عرفا فان کان للفظ عرف خاص للمتکلم حمل علیه و الا فالعرف العام و الا فالمعنی اللغوی کل ذلک حیث لا قرینه حال أو و مقال تعین مراد المتکلم و إذا کان له معنی شرعی و معنی لغوی مثلا و تردد معنی اللفظ بینهما و لا قرینه صار مجملا یرجع فی القضیه إلی الأصول الموضوعیه أو الحکمیه و لو وقف علی الفقیر و تخیل ان معناه لغه أو عرفا هو من لا یملک قوت یومه و کان معناه فی الواقع عند العرف أو اللغه من لا ـ یملک قوت شهره مثلا فان قصد الوقف علی المعنی الذی نخیله تعین و ان قصد الوقف علی المعنی الواقعی و تخیله هو من لا یملک قوت یومه من باب الخطأ فی التطبیق فالوقف یکون علی ما هو معناه واقعا لا ـ ما تخیله فلیس المدار علی الواقع مطلقا کما فی عباره السید الأستاد «قده» بل یختلف الحال باختلاف نحو القصد و اتجاهه فتدبره فإنه نافع فی کثیر من الموارد.

(۲۲۲) من وقف علی الفقراء انصرف اللفظ الی فقراء ملته

فالمسلم لفقراء المسلمین و هکذا بل الی فقراء مذهبه فالإمامی إلی فقراء

الإماميه و هكذا الا ان يكون ظهور حال أو مقال فى إراده عموم الفقراء كما هو مقتضى وضعه و كذا لو وقف على فقراء قريه أو بلد فان لم يكن فيها من أبناء مذهبه أحد مع علمه كان قرينه على العموم و مع عدم علمه فالأرجح العموم أيضا و الأحوط الانتظار.

«۲۲۳» الوقف على العنوان ان كان افراده محصوره

فالظاهر اراده التوزيع بالاستيعاب و ان كانت غير محصوره فالظاهر ان الوقف على الجهه و بيان المصرف فيجوز حينئذ دفعه الى واحد أو اثنين الا ان يكون المال كثيرا عرفا فاللازم صرفه على جماعه معتد بها و ان لم يلزم الاستيعاب و لا المساواه بين الافراد كما فى المحصورين و لو كان للمتولى ولايه مطلقه فله الترجيح بالفضل و الفقر فيأخذ بقاعده (المعروف على قدر المعرفه).

(۲۲۴) إذا وقف على المسلمين فهو لكل من يدين بدين الإسلام

من جميع المذاهب فى الفروع و الأصول فيشمل الأشعريه و المعتزله و الإماميه و الظاهريه كما يشمل المذاهب الأربعه أو الخمسه فى الفروع الا من أنكر ضروريا من ضروريات الذين كوجوب الصلاه أو الحج أو محبه أهل البيت سلام اللّه عليهم أو غالى فيهم فاتخذهم أربابا فإن هؤلاء شر من أولئك فالجميع من النواصب و الغلاه كفار و ان انتحلوا الإسلام و شهدوا الشهادتين نعم يشمل المستضعفين من النساء و الأطفال حتى المحكوم بإسلامهم بالتبعيه و لو كان الواقف ناصبيا أو خارجيا أو مغاليا فلا يبعد شموله لأبناء نحلته

و خصه بعض علمائنا بالمحقين من المسلمين إذا كان الواقف منهم و فيه نظر، و لو وقف على الشيعه اختص اليوم بالإماميه و ان كان فى الاصطلاح القديم يشمل الزيديه و غيرهم ممن يقول بامامه على و أولاده عليهم السلام كالاسماعيليه و غيرهم و ان لم يقل بالاثنى عشر نعم لو كان الواقف من غير الإماميه يشمل أبناء نحلته قطعا و فى شمول غيرهم تأمل أقربه الشمول.

(۲۲۵) إذا وقف فى سبيل اللّه انصرف الى جميع أنواع الخيرات و المبرات و وجوه البر

و لا ـ يختص بالجهاد و يكون التخصيص و الترجيح لبعض دون بعض منوطا بنظر المتولى و لو استعان بمراجعه حاكم الشرع لتعيين الأهم فالأهم كان أولى

(۲۲۶) إذا وقف على أرحامه أو أقاربه دخل كل من هو من عشيرته و أسرته عرفا

و إذا قال الأقرب فالأقرب فعلى طبقات الإرث و إذا وقف على اخوته دخل إخوه الأب و الام و الاخوه من كل منهما و لا يدخل أولادهم و كذا الأعمام و الأخوال و الأجداد و الجدات و لو وقف على أولاده فالذكور و الإناث بل و الخنثى و الجميع بالسويه الا ان يقول على ما فرض اللّه فيجرى مجرى الإرث و له ان يفضل الإناث على الذكور و لو وقف على البنين أو البنات لم تدخل الخنثى و لو وقف عليهما دخلت بناء على عدم كونها طبيعه ثالثه و لو قال على أولادى اختص بالصلبى و قيل يعم ولد الولد و الأصح الاعتماد على القرائن و الا فالأخذ بالمتيقن لو تحقق الإجمال و لو قال على أولادى

و أولاد أولادى تسلسل فى عقبه، و لو قال على أولادى فإذا انقرضوا و انقرض أولاد أولادى فعلى الفقراء فهو وقف على الأولاد و أولاد الأولاد تشريكا و بعد انقراضهم اجمع يكون للفقراء و لو وقف على من ينسب اليه لم يدخل أولاده عند المشهور، و الإرجاع الى ما عند العرف اولى و هو يختلف باختلاف الأحوال و المحال و كذا لو قال على الهاشميين أو العلويين و كذا لو قال على العلماء ففى بعض البلدان لا ينصرف الا الى فقهاء الشرع و فى غيرها الى غيرهم أو الأهم منهم.

«۲۲۷» لو وقف على زيد و الفقراء

فله النصف و قيل الثلث أو الرابع نظرا إلى أقل الجمع و الأول أقرب اما لو وقف على زيد و أولاد عمرو و هم محصورون فعلى الرءوس و يحتمل النصف و كذا لو وقف على أولاد زيد و أولاد عمرو يحتمل الفرق بين هذا و بين قوله أولاد زيد و عمر ففى الأول التنصيف و فى الثانى على الرءوس و الظاهر فى هذه الموارد ان الوقف على التوزيع المقتضى للتسويه لا المصرف.

(۲۲۸) لو وقف على الجيران فالأخبار فى التحديد مختلفه

أربعين ذراعا أو أربعين دارا من كل جانب و الأصح إرجاعه إلى العرف و مع الشك فالأخذ بالمتيقن و الجار هو ساكن الدار لا مالكها و القسمه مع الإطلاق بالسويه.

(۲۲۹) الوقف على المساجد و المراقد يصرف فى تعميرها

مع

الحاجه و الا ـ ففی مصالحها من فرش و ضیاء و نحوه و إذا عین مصلحه تعینت و الوقف علی میت حیث یصح ففی واجباته أو الخیرات عنه

«۲۳۰» إذا وقف علی أولاده فإن عین ترتیبا أو تشریکا تعین

و إذا أطلق فالتشریک و المساواه حتی بین الذکور و الإناث نعم لو قال علی أولادی ثم علی أولادهم فالظاهر الترتیب بینهما بل مطلقا، و لو قال علی أولادی طبقه بعد طبقه أو نسلا بعد نسل و بطنا بعد بطن فقیل هو قید الوقف فیقتضی الترتیب و قیل للأولاد فالتشریک و الغالب ان الواقفین یریدون منه التأبید بقرینه قولهم بعدها الی ان یرث اللّه الأرض و من علیها و لا ـ یدل علی تشریک و لا ـ ترتیب و علی کل فان ظهر مراد الواقف تعین و مع الشک فالإطلاق یقتضی التشریک و الإهمال یقتضی الأخذ بالمتیقن و هو الترتیب و إعطاء الطبقه الأولی نصیبهم علی فرض التشریک و قسمه الباقی بینهم و بین الطبقه المتأخره بناء علی الصلح القهری متجه، و لو قال فی صوره الترتیب من مات فنصیبه لولده فاللازم مشارکته لأعمامه و یصیر ترتیبا و تشریکا فالولد یشارک عمه و لا یشارک أباه، و لو تردد الموقوف علیه بین شخصین أو عنوانین فالقرعه أو القسمه بینهما لقاعده الصلح القهری و هو القاعده فی کل مال مردد بین شخصین أو أشخاص محصوره هذا بعض الکلام فی الموضوعات.

المقصد الثانی (فی الاحکام)

اشاره

و فیه فصول

الفصل الأول (فی المتولی)

«۲۳۱» سبق ان للواقف ان یجعل التولیه لنفسه مباشره أو تسبیبا عند الوقف

و ان یجعل متولیا من بعده متسلسلا و منقطعا و إذا لم ینصب متولیا فی صیغه الوقف فهل التولیه له أو للموقوف علیهم أو للحاکم أقوال و الأصح بناء علی بقاء العین علی ملکیته انها له و علی انتقالها فللموقوف علیهم و مع التشاح فللحاکم هذا فی الوقف الخاص اما العام فلا- إشکال فی أنها للحاکم الشرعی مطلقا و لکن الانتفاع بمثل الخانات و المساجد و القناطر و الشجر للاستظلال لا- یحتاج الی استیذانه و انما له الولا-یه علی إصلاحها و حفظ شؤنها و ما یوجب بقائها نعم فی مثل المدارس و الفنادق و نحو ذلک لا بد من استیذانه أیضا

«۲۳۲» یجوز ان یجعل التولیه لاثنین أو أکثر اشتراکا أو استقلالا

فعلی الأول لا یتصرف أحدهما إلا بموافقه الآخر و علی الثانی ینفذ تصرف السابق و مع الاقتران و التنافی یبطلان معا و إذا مات أو جن أحدهما یلزم الحاکم ان یضم بدله الی الآخر و علی الثانی لا- یلزم و لکنه الأحوط و مع الشک فی الاستقلال أو الاشتراک

فإن أطلق فالاستقلال و مع العدم فالاشتراک و الأحوط الرجوع الی الحاکم أیضا.

«۲۳۳» لیس للمتولی أن یجعل متولیا فی حیاته و لا بعد مماته

إلاـ إذا جعل الواقف له ذلک فی صیغه الوقف و لا یشترط فی المتولی العداله الا ان یشترطها الواقف نعم لو ظهر عجزه أو ثبت عند الحاکم خیانته عزله و نصب أمینا، و یجوز للمتولی توکیل غیره الا إذا اشترط الواقف المباشره، و لا یجب علی من جعله الواقف متولیا القبول بل له الرد و لکن إذا قبل لزمه العمل، و لا یجوز للواقف ان یجعل التولیه لمن یعلم بخیانته و عدم أمانته و لو جعله متولیا رجع الأمر إلی الحاکم.

الفصل الثانی (فیما یصح للواقف شرطه)

«۲۳۴» إذا شرط إدخال من یرید فی الوقف فالمشهور الصحه

و لکن إذا شرط إخراج من یرید فالبطلاـن و الأصح الصحه فی المقامین لعموم الوقوف علی ما یقفها أهلها و لبعض الأخبار الخاصه، نعم لا یجوز ذلک بدون الشرط فی عقد الوقف لانه تغییر للوقف بعد تحققه و لکن فی جمله من الاخبار ان له ذلک و هی مع اعراض المشهور معارضه بما هو أقوی منها فالمنع متعین.

(۲۳۵) الوقف لا یدخله شرط الخیار

فلو شرط فی الوقف ان له ان یرجع متی شاء بطل نعم له ان یشترط فی الموقوف عنوانا کالفقر أو العداله فإذا زال العنوان زال الوقف عنه و إذا لم یبق لذلک العنوان مصداق صار نظیر منقطع الآخر فیرجع للوارث أو ورثته و صرفه فی وجوه البر أو وقف آخر برضاهم اولی.

(۲۳۶) الشروط فی الموقوف علیه ترجع الی عنوان الوقف

فیزول الوقف بزوالها و کذلک الشروط فی العین الموقوفه فلو وقف البستان بهذا العنوان أو النخله ما دامت مثمره ثم انقطع ثمرها أو زال وصف البستان عن العین زال الوقف و التحقیق فی أمثال هذا انه ان ظهر منه اعتبار العنوان علی نحو الشرطیه صریحا أو دلاله فالوقف یزول بزوالها و ان أطلق فعرصه البستان باقیه علی الوقفیه و کذلک الجذوع و لذا قالوا إذا انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف لأنها من جمله الموقوف فینتفع بها علی وجه آخر من زرع و غیره و لا فرق عندنا بین کون لأرض خراجیه أو غیرها، و کذلک المسجد إذا انهدم لا تخرج عرصته عن المسجدیه و تجری جمیع احکام المسجد علیه.

«۲۳۷» المسجدیه عندنا تحریر

و هو معنی آخر غیر الوقف فإنه قد یعود ملکا بأسباب و لکن الحر لا- یعود الی الرق ابدا و کذلک المساجد و المشاهد و المشاعر لا تعود ملکا بوجه من الوجوه و من الغریب جدا ما ذکره الأستاد «قده» من صحه جعل

منفعه الأرض المستأجره مائه سنه مثلا- مسجدا و كذا جعل الأرض مسجدا إلى مده ثم تزول المسجديه مع ان من القواعد المسلمه انه لا وقف إلا فى ملك و انه لا يصح وقف المنافع و ان الوقف يقتضى التأبيد هذا فى الوقف و هو أهون من المسجديه التى هى تحرير مؤبد، و أغرب من ذلك تصريحه بجواز بيع المسجد فى صوره خرابه أو عروض مانع من الصلاه فيه و إذا غصبه غاصب لا يمكن انتزاعه منه و انه يجوز إخراجه عن المسجديه لو غلب عليه الكفار فيباع صونا لحرمته الى آخر ما أفادا على اللّه مقامه و كل هذا مخالف للقواعد المسلمه التى تكاد تكون من أصول المذهب و خلاف ما هو المعلوم من طريقه الشرع ضروره أن كفران النعم، و طغيان الأمم و تمرد الناس عن احكام الشرع الشريف و الدين الحنيف، لا يغير الأحكام الكليه و النواميس الثابته الأبديه هذا إلى الإجماعات المحصله فضلا عن المنقوله على عدم جواز بيع المساجد و عدم زوال المسجديه ابدا نعم يمكن فى تلك الفروض النادره و أمثالها مراجعه حاكم الشرع الذى هو الولى العام لتخريج صوره يطبقها على القواعد من دون الخروج عليها و الاصطدام بها و اللّه العالم و الحاكم و به المستعان.

«۲۳۸» الأوصاف كشروط فى الموقوف عليه

و عناوين يزول الوقف بزوالها كما لو قال وقفته على أولادى الفقراء أو العلماء أما الأفعال فإن جعلها أوصافا فهى كذلك و لو جعلها شروطا كانت إلزاما فلو قال على أولادى المصلين فتارك الصلاه خارج و لو

قال بشرط ان يصلوا فالتارک عاص للّه عز شأنه و للواقف و لکنه غیر خارج عن الوقف.

«۲۳۹» إذا جهل مصرف الوقف

فان کان مرددا بین أطراف محصوره فاما التوزیع علی نحو الصلح القهری أو القرعه و مع عدم الانحصار یجری علیه حکم مجهول المالک من التصدق بغلته مع مراجعه الحاکم علی الأصح، اما لو علم المصرف و تعذر صرفه فیه فان کان وقفا خاصا و التعذر من جهه انقراض الموقوف علیه و کان الوقف علی من یقرض غالبا بطل الوقف و رجعت العین الی الواقف أو إلی ورثته و ان کان علی من لا ینقرض عاده فاتفق الانقراض أو کان وقفا علی الجهات العامه صرفت غلته فی وجوه البر بنظر الحاکم أیضا

«۲۴۰» إذا آجر المتولی الوقف لمصلحه العین الموقوفه مده طویله

و مات أهل الطبقه الأولی لم یکن للثانیه فسخها بل و لا لمن بعدها، اما لو آجرها هو أو الطبقه المتقدمه لفائدتهم ثم ماتوا لم تنفذ فی بقیه المده و لا یقاس هذا علی مالک العین لو آجرها مده طویله و مات فی أثنائها نعم تنفذ مع الإجازه و تبطل بالرد و یرجع المستأجر علی ورثه البطن الموجر بالنسبه و تقدیر أهل الخبره.

الفصل الثالث (فی عدم جواز بیع الوقف و صور الاستثناء)

(۲۴۱) من المعلوم ان أظهر خواص الوقف و أهم احکامه عدم جواز انتقاله بوجه من الوجوه

و بأی سبب من الأسباب العادیه و لا یباع و لا یوهب و لا یرهن و لا یقسم و لکن لیس ذلک علی سبیل العلیه التامه کما فی المسجدیه التی عرفت انها کالمشاعر مثل منی و عرفات و نظائرها و کل هذا تحریر من الخالق یوم خلق السماوات و الأرض أو من المخلوق المالک و إمضاء مالک الملک، و قد عرفت ان الحر لا یعود رقاً ابدا، اما الوقف فعدم عوده مالکا علی نحو الاقتضاء ای له ذلک بحسب طبیعته و اقتضاء ذاته و لا مانع من عروض سبب أقوی فیرفع ذلک الاقتضاء و یرده إلی أصله من جواز الانتقال أو القسمه أو التبدیل و لکن لا یجوز ذلک الا بعد قیام الدلیل القاطع و الا فالأصل فی جمیع موارد الشک هو عدم صحه النقل و الانتقال فی مطلق الوقف بخلاف الحبس بأنواعه الثلاثه کما سبق و یأتی إن شاء اللّه، و بالجمله فالوقف قید للملک و قد تعرض أمور ترفع ذلک القید عنه فاللازم ذکر تلک الأمور التی سطع فیها الدلیل الثاقب من نص أو إجماع، و هی أمور تذکر ضمن المواد التالیه

[۲۴۲] خراب العین الموقوفه بحیث لا یمکن الانتفاع بها مع بقاء عینها

کالدار الخربه التی لا یمکن سکناها و لا تعمیرها و الحصیر البالی و الحیوان المذبوح و أمثال ذلک فإن أمکن بیع البعض و تعمیر الباقی به تعین و الا فاللازم بیعها اجمع و حینئذ فإن أمکن ان یشتری بالثمن عینا و لو أقل من تلک العین و توقف علی نحو الوقف الأول تعین و الا فإن کان خاصا وزع علی الموقوف و ان کان

عاما ففی وجوه البر.

«۲۴۳» (الثانی) سقوطها عن الانتفاع المعتد به بوجه لا یرجی عوده

کما لو صارت البستان أرضا لا ینتفع بها منفعه یعتد بها بحیث لو بیعت و بدلت بعین اخری کان أنفع أو مثل منفعه البستان و جواز البیع هنا غیر بعید و ان کان خلاف المشهور، و اما قله المنفعه فغیر مسوغ للبیع عندهم أصلا.

«۲۴۴» «الثالث» أداء بقائه إلی خرابه علما عادیا أو ظنا قریبا منه

بحیث یصل الی حال لا یمکن الانتفاع به أصلا أو منفعه لا یعتد بها سواء کان للخلف بین أربابه أو لسبب آخر فإن بقائه فی هذه الصور مناف للغرض من بقائه فأدله المنع منصرفه عنها کل هذا مع العجز عن إمکان تحصیل صوره لبقائه مع الانتفاع به من إجارته مده لا یخشی علیه منها أو بیع بعض و إصلاح الباقی به.

«۲۴۵» الرابع وقوع الخلف بین أربابه اختلافا لا یؤمن معه من تلف النفوس و الأموال مطلقا

أو تلف خصوص الوقف فیرجع الی الاولی و (الضابطه) ان کل مورد یکون بقاء الوقف مستلزما لنقض الغرض من بقائه فاللازم الحکم بجواز بیعه کما فی الصور المتقدمه و الحکم بصحه البیع فی غیر ذلک مشکل نعم هنا ثلاث صور لجواز البیع و لکنها من قبیل التخصص و الخروج الموضوعی لا- التخصیص (الاولی) ما إذا اشترط الواقف فی صیغه الوقف بقاء العنوان کما سبق ذکره فیما لو وقف البستان و اشترط انها وقف ما دامت

بستانا فإنها بزوال هذا العنوان يزول الوقف من أصله و تعود ملكا و إذا باعها فقد باع ملكا لا وقفا و خرج موضوعا لا حكما (الثانيه) إذا اشترط فى صيغه الوقف ان له ان يبيعه عند قله المنفعه أو كثره الخراج أو عند ما يكون بيعه أعود أو عند حاجه الموقوف عليهم و قد يستدل له بحديث وقف أمير المؤمنين عليه السلام ملكه فى عين يتبع حيث يقول: و ان أراد الحسن ان يبيع نصيبا من المال ليقضى به الدين فيفعل ان شاء و لا حرج عليه و ان شاء جعله شروى الملك الى قوله: فان باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثه أثلاث فيجعل ثلثا فى سبيل اللّه و يجعل ثلثا فى بنى هاشم و عبد المطلب و ثلثا فى آل أبى طالب- و بقاعده الوقوف على ما يقفها أهلها و لكن لا دلاله فى شى ء منهما اما الحديث فلا ينبغى الريب فى ان الامام عليه السلام لم يقصد الوقف و كيف يعقل اجتماع الوقف مع تجويز البيع للحسن متى شاء لا لحاجه و لا لضروره بل تشهيا و كيفا و بالجمله فما تضمنه الحديث لا يقول به أحد فى الوقف و أقصى ما يقوله القائل هو جواز البيع عند الحاجه لا مطلقا و الحديث صريح فيما هو أوسع من ذلك فلا محيص من حمله على إراده الصدقه بالمعنى العام لا الوقف بمعناه الخاص و منه يعلم الجواب عن قاعده الوقوف- فتدبره.

(الثالثه) ما لو اشترى حصه مشاعه من ملك فوقها و شفع الشريك فيها فان الوقف يبطل و لو جعلها مسجدا و قلنا بجوازه فلا شفعه و إذا وقع بيع الوقف فاللازم ان يشترى بثمنه المتولى ملكا و يوقف

على نحو الوقف السابق و ذلك فى الأربع الاولى اما لو زال الوقف كما فى الصورتين الأخيرتين ففى الصوره الاولى و الثالثه ترجع ملكا للواقف أو لورثته و فى الثانيه يكون حسب الشرط.

«۲۴۶» لا ريب ان تعمير الوقف مقدم على حقوق الموقوف عليهم

و لكن لو دار الأمر بين مراعاه البطن الموجود و مراعاه سائر البطون لو كما احتاج الوقف الى التعمير و توقف على إيجاره مده طويله فهل يقدم تعميره بإجارته و حرمان البطن الموجود منها مراعاه للبطون اللاحقه أو يترك تعميره و تدفع الأجره للموجود مراعاه لحقه وجهان أصحهما تقديم التعمير حفظا للوقف الذى بقاؤه أهم من حق البطن الموجود و لا فرق فى ذلك بين اشتراطه تقديم التعمير أو عدم اشتراطه

«۲۴۷» الأغراض و المقاصد قد تحور الألفاظ و الجمل عن مداليلها

و قد توسعا و تضيقها مثلا لو وكله على شراء الطعام و علم الوكيل ان ليس غرض الموكل الا الربح و التجاره و ان شراء الطعام فيه خساره فاحشه و ان الربح فى شراء الغنم جاز له مخالفه نص الوكيل فى شراء الطعام و ليس للموكل اعتراضه بعد معرفه القصد و الغرض و ثبوت ذلك نعم لو لم يعلم الغرض و لم يجز التعدى و مثل هذا قد يأتى فى الوقف فإذا علم ان غرض الواقف بقاء هذه العين لخصوصيه فيها لكونها دار آبائه أو كتابا أثريا يريد حفظه لم يجز بيعه إلا إذا كان بقاؤه يستوجب تعجيل تلفه اما لو علم ان ليس غرضه بقاء ذات هذه العين بل الغرض ماليتها و انتفاع الموقوف عليهم بمنافعها

و غلتها فلو قلت منفعه العين عما كانت عليه و كان بيعها أعود و أنفع يمكن القول بجواز بيعها و استبدالها بالانفع و الأعود و لعل هذا وجه ما انفرد به الشيخ المفيد «قده» من جواز البيع لتبديله بما هو أنفع و أصلح و هو وجيه و ربما يحمل عليه بعض الاخبار و لكن لا يصح هـذا الا بعـد عرض القضـيه على حاكم الشـرع و إحاطته بالموضوع ثم حكمه بالجواز و العـدم، و على هـذا يتفرع جـواز وقـف مـاليه الشـى ء من حيث المـاليه لا ـ من حيث العين و لكنه لو صـح فليس هو من الوقف المصـطلح و لا ـ من الحبس المعروف بل هى معامله أخرى و نوع من الصدقه بمعناها العام يمكن دعوى شمول العمومات لها على تأمل واضح

الفصل الرابع «فى قسمه الوقف و إيجاره»

«۲۴۷» إذا كان المال مشتركا بين الوقف و الملک جاز إفراز الوقف عن الملک اتفاقا على قواعد القسمه المقرره فى بابها،

اما قسـمه نفس الوقف بين أربابه فالمشـهور عدم الجواز مطلقا و استقوى السيد الأستاد (قده) الجواز مطلقا و فصل بعض فأجازها مع تعـدد الواقف و الموقوف عليه كمـا لو اشترک أخوان فى دار فوقف كـل منهمـا حصـته على أولاـده،،، و إذا نظرنا إلى طبيعه الوقف و الأدله لم نجد فيها ما يمنع القسمه مطلقا و الملاک الذى صح به قسمه الوقف عن الملک يجرى

أیضا فی قسمه الوقف بین أربابه، و دعوی انه خلاف وضع الواقف غیر مفهومه و عهدتها علی مدعیها، نعم لو ظهر من الواقف أو علم من حاله اراده عدم تغییره أو اشترط بقائه علی هیئته اتجه المنع و حیث ان الغالب فی الواقفین الرغبه فی ذلک فالأحوط احتیاطا لا یترک عدم القسمه إلا لمثل الأسباب الموجبه للبیع، و إذا استلزمت القسمه رداً فان کان من الوقف لم یصح و ان کانت من الملک للوقف صحت و صار الملک وقفاً و ان کان من مال الموقوف علیه فله ما یقابله

(٢۴٨) لا یجوز إیجار الوقف مده طویله یخشی علیه من تغلب الأیدی و ترتب أثر الملکیه علیه،

هذا مع الإطلاق و لو شرط الواقف ان لا یوجر أکثر من سنه أو سنتین فآجر المتولی أو المرتزقه أکثر من ذلک بطل الزائد و لا تجدی الحیله بإیجاره عقوداً متعدده سنتین سنتین لانه خلاف غرض الواقف، و ان وافق لفظه و هو من جمله الشواهد علی ان الأغراض تقید الألفاظ

الفصل الخامس «فیما یثبت به الوقف»

(٢۴٩) یثبت الوقف بالشیاع المفید للعلم و بإقرار المالک أو ذی الید و بالبینه الشرعیه،

و فی ثبوته بالشاهد الواحد و یمین المدعی خلاف و حیث ان دعوی الوقف ترجع الی المال من حیث تملیک

المنفعه فاللازم ثبوته بذلك بل و بشهاده النساء منضمه الى الرجل و إذا كانوا جماعه فاللازم حلفهم جميعاً و لا يكفى حلف الطبقه الموجوده بل تحلف المتأخره أيضا عند وصول النوبه إليها و من لا يحلف فلا حق له، و لا أثر للإنكار بعد الإقرار إلا إذا استند الى وجه معقول عند الحاكم

(۲۵۰) لا يثبت الوقف بمجرد الكتابه على ظهر كتاب

أو فى ورقه ما لم يحصل العلم بصحتها أو يحكم حاكم شرع فيها.

(۲۵۱) سيره الطبقات على نحو مخصوص حجه

إذا لم يعلم مخالفتها لجعل الواقف، فان جعل الواقف كنص الشارع، فلو كان وقف لم تعلم كيفيته و عمل المرتزقه على نحو خاص من ترتيب أو تشريك أو فى صرفه بمصرف معين وجب العمل على ذلك ما لم يعلم الخلاف

«۲۵۲» لو ادعى الواقف بعد الوقف و الإقباض كيفيه مخصوصه أو شرطا

فان حصل العلم بصدقه فالعمل عليه و الا فلا اثر له لانه صار أجنبياً و إقراره إقرار بحق الغير،

«۲۵۳» لو باع المتولى أو الموقوف عليهم العين الموقوفه

فإن كان بإمضاء أحد حكام الشرع فهو نافذ و دليل على حصول المسوغ و ان كان بدون ذلك فهو محتاج إلى إثبات المسوغ فيجوز للطبقه اللاحقه انتزاعه من المشترى الى ان يثبت و لا اثر لليد هنا لأنها يد وقف فلا تنهض حجه على ضده كما لا يجدى الحمل على الصحه فإنه إنما ينفع فى الأعمال المرتبه على الوقف لا فيما يضاد الوقف و ينافيه

(۲۵۴) لو تعارضت يد الملكيه الفعليه مع ثبوت الوقف سابقا

فهل يحكم بالوقفيه و ينتزع من يـد المتصـرف أولا بل يحتاج إلى إثبات الوقفيه فعلا، و المعروف عنـد الفقهاء فى أمثالها ترجيح اليد الفعليه على الاستصـحاب نعم لو أقر ذو اليد بأنها كانت وقفا و عرض المسوغ فاشتراها هو أو مورثه لزمه الإثبات و تؤخذ منه الى ان يثبت

الفصل السادس (فى الوقف المجهول)

(۲۵۵) إذا لم يعلم الوقف على الذكور فقط أو على الأعم منهم و من الإناث

أو علم الأـعم و لم يعلم التشـريك أو الترتيب فـان ثبت إطلاـق فى كلاـمه أو كتابته بان قال هو وقف على أولادى و لـم يعلم انه قيده بالذكور أو بالترتيب أم لا فالإطلاق يقتضـى شـموله لهما كما يقتضى التشريك و هكذا كلما شك فى قيد و عدمه فالأصل العـدم اما إذا لم يحرز الإطلاق فاللازم الرجوع الى الأخـذ بالقـدر المتيقن فالنصف الـذكور متيقن و النصف الثانى مردد بينهم و بين الإناث فاما القرعه و اما القسـمه بين الفريقين كما هو القاعده فى كل مال مردد بين اثنين على قاعده العدل و الصـلح القهرى و هـذا هو الأصح فيكون للذكور ثلاثه أرباع الغله و للإناث الربع و مثله الكلام فى الترتيب و التشـريك، نعم لو علم ان مراده من الوقف على أولاده المصرف لا التوزيع و الاستيعاب كان الذكور هو القدر المتيقن و كذلك

الطبقه الاولی فی الشک بین الترتیب و التشریک فیلزم الاقتصار علیها، و لو کان الشک علی نحو الانحصار کما لو علم انه وقف علی الذکور فقط أو الإناث فقط فقد یقال هنا بتعیین القرعه و لکن الأصح عندنا أیضا قسمته علی الفریقین و القسمه هنا بالسویه بقاعده العدل أیضا کما سبق.

(٢٥٦) کل شخص یشک فی انه من الموقوف علیه فی وقف عام أو خاص

لاعتبار قید أو خصوصیه فالأصل عدم کونه منهم فلو شک مثلا ان المدرسه موقوفه علی طلبه الفقه أو علی عموم الطلاب فلا یجوز لغیر طالب الفقه ان یسکن فیها و هکذا.

(٢٥٧) إذا وقف کتباً أو داراً علی المشتغلین من ولده فاتفق عدم وجود مشتغل فیهم

فان کان یرجی حصول مشتغل فیهم بقی وقفا و یؤجر الی ان یحصل المشتغل و یدفع له و ان کان لا یرجی صار من المنقطع الآخر و الأصح ان ترجع القضیه إلی الحاکم فاما ان یجعله وقف لسائر المشتغلین أو فی وجوه البر أو غیر ذلک من المصالح العامه أو یرده ملکا لبعض الخصوصیات المقامیه،

(٢٥٨) إذا کانت بعض الأعیان الزکویه وقفا

کالأنعام الثلاثه أو النخیل لم یجب الزکاه فیها علی الموقوف علیهم حتی لو بلغت حصه کل واحد منهم النصاب اما ثمراتها فان کانت موقوفه مع أمهاتها فکذلک و الا وجبت فیها الزکاه إذا بلغ نصیب کل واحد منهم النصاب، أما الأوقاف العامه کالوقف علی الفقراء، فان کان

على نحو الشركه و الاستيعاب ففى عائدها الزكاه عند حصول تمام الشرائط لكل واحد منهم و ان كان على نحو المصرف فلا يجب إلا إذا بلغت حصه كل واحد منهم النصاب بعد القسمه و القبض مع اجتماع الشرائط و إذا انحصر الموقوف عليهم فى عدد معين كواحد يكون هو المالك فتجب عليه الزكاه إذا اجتمعت الشرائط.

الفصل السابع (فى الحبس و أنواعه)

(۲۵۹) أنواع الحبس ثلاثه. رقبى، و عمرى، و سكنى،

و الجميع يشترك فى ان فائدتها التسليط على المنفعه مجانا مع بقاء الملك للمالك و يفترق بعض عن بعض ببعض الخصوصيات و التحبيس يعم الجميع فالسكنى تختص بما يسكن من دار و نحوها و هى من حيث الأمد عامه و العمرى و الرقبى خاصان من حيث الأمد و الوقت، فالعمرى ما قرنت بعمر أحدهما أو عمر أجنبى و الرقبى ما قرنت بأمد يرتقب انتهاؤه، و هما عامان من حيث الموضوع فيعمان ما يسكن و غيره كالعبد و الدابه و الفرش.

(۲۶۰) يشترط فى هذه الأنواع مضافا الى الشرائط العامه

من العقل و البلوغ و الرشد و الاختيار و الملك و عدم الحجر- الإيجاب و القبول و القبض ان كان على شخص أو أشخاص اما على الجهات العامه كما لو حبس عبده على خدمه المساجد أو المشاهد فلا يعتبر

قبول و لا قبض بل يتحقق بالإيجاب مع النيه و قصد التقرب، فيقول فى الإيجاب أسكنتك دارى مده عمرك أو مده عمرى أو عشر سنين فان لم يعين و أطلق صحت و كان للمالك الفسخ و الرجوع متى شاء

الاحكام

اشاره

إذا تمت الشرائط كان كل واحد منها لازما إلى الأمد المجعول فى الصيغه فان كان زمانا معيناً كعشر سنين و مات المالك فى أثنائها انتقلت العين الى ورثته مسلوبه المنفعه بقيه المده و ان مات المحبس عليه انتقلت بقيه المده إلى ورثته، و ان كان الأمد عمر المالك فمات انتهى التحبيس و انتقلت الى ورثته و كذلك ينتهى بموت المحبس عليه و ان كان الأمد عمره و فى صوره العكس تنتقل العين مسلوبه المنفعه و تنتقل المنفعه لوارث المحبس عليه و فى صوره الإطلاق و عدم تعيين أمد تبطل بموت كل واحد منهما.

(٢٦١) إطلاق السكنى يقتضى سكناه بنفسه و من جرت عادته بالسكنى معه

كزوجته و ولده و خادمه و ضيفه و ليس له ان يسكن معه أجنبياً و لا ـ بأجره و لا مجانا، و للمالك ان يتصرف فى رقبه العين المحبسه بأنواعها كيف شاء من أنواع التصرف بيعاً و هبه و غيرهما اما الرهن فمشكل و اما الإجاره فإن كان بالنسبه الى ما بعد الأمد فجائز و اما بالنسبه إلى مده الحبس التى نقل المنفعه فيها الى غيره فباطل إلا إذا ملكه المنفعه مطلقا فهو فضولى.

خاتمه تشتمل على ثلاث كلمات لناشر هذا الكتاب

(الاولى) ان هذا الجزء الخامس المتضمن لما يسمونه اليوم (الأحوال الشخصيه)

قد كتبه مؤلفه سماحه الامام على نحو الإيجاز و الادماج و بأساليب المتن و فيه فروع كثيره و مواد غريزه يحتاج الى الشرح و البسط و الاستنباط و التحليل مع الإشاره إلى المدارك و الدليل فيكون من أنفس الكتب فى بابه و قد استوفى هذا الجزء على اختصاره عامه أبواب الأحوال الشخصيه عدا كتاب الإرث و لعل سبب إهماله ان عامه مسائله متفق عليها بين الإماميه و فقهاء المذاهب و مواضع الخلاف محدوده معروفه- كمسأله العول و التعصيب و الحبوه و حرمان الزوجه من الأرض و أمثالها مما لعله لا يبلغ العقد الأول مضافاً الى كثره ما الف فقهاء الإماميه فى الفرائض و المواريث من الرسائل الموجزه و المبسوطه فضلا عما اشتملت عليه كل المتون و الشروح المستوعبه لسائر كتب الفقه من أول العبادات إلى أخر الحدود و الديات و قد ألفت فى هذا العصر رسائل مخصوصه فى الفرائض و المواريث مثل رساله (أحسن الحديث فى الوصايا و المواريث) لحجه الإسلام العلامه إلا وحد

الشیخ احمد آل کاشف الغطاء «قده» شقیق سماحه الإمام فإنه علی و جازته من أحسن ما رشحت به أقلام الاعلام من المتأخرین و أوسع من هـذا و اجمع مـا ألفه معـالی الوزیر الحاج محمـد حسن کبه دام علاء فی کتابه الواسع (الأحکام الشرعیه) فإنه یغادر صغیره و لا کبیره من فروع المواریث الا أحصاها مع الإتقان و حسن التحریر و وضوح الجداول و متانتها التی تسـهل المصاعب و تقلـل المتاعب و تحلل المسائل الحسابیه من أقرب الطرق و أسـهلها و قـد طبع هـذا الأثر الجلیل سـنه ۱۳۵۰ فی مطبعه العمـاره و طبعت رساله «أحسن الحدیث» المتقدمه فی مطابع النجف سـنه ۱۳۴۱ فمن أراد الإیجاز کفته هـذه الرساله و من أراد البسط فعلیه بذلک الکتاب.

«و القصـاری» ان هـذا الجزء الخامس الملحق (بتحریر) المجله قـد حوی علی اختصاره تحقیقات عمیقه و مباحث رشـیقه هی من مبتکرات رشـحات یراعه الفیـاض، و بـذلک علی ذلـک مقـدمه کتـاب النکاح فقـد أبـدع فیه غایه الإبـداع و أبـدی الحکمه فی مشـروعیته و فلسـفه الاهتمام به و الوجه فی تسـمیه الرجل المتزوج زوجا و قـد کان فردا أوضح کل هذا باجلی وجه و أعلی بیان فطالعه بدقه و إمعان، حتی تتذوق حلاوته.

(الکلمه الثانیه)

ان سماحه المؤلف ذکر فی اخریات الجزء الأول کالوعد بان یتعرض فی الاجزاء التالیه لبعض القواعد العامه التی ذکرها

(نجيم المصری) فی کتاب (الأشباه و النظائر) و لکن کان هذا فی بدایه العمل یوم کان البناء علی توسعه هذا المؤلف إلی سته أجزاء أو ثمانیه و حیث ان الأوضاع العالمیه و أزمه قله الحاجات و ارتفاع أسعارها ارتفاعا فاحشا و فوق الحسبان قد حالت دون تلک الأمانی و اقتصر علی ذکر الأهم فالأهم من تحریر المجله و ملحقها و علی العلات فقد تدارک ذلک و القی علینا نبذه من القواعد التی استنبطها من متفرقات أبواب الفقه و کلمات الفقهاء و لم ینفق أو یتوفق لاستخراجها و جمعها سواه، و نحن إکمالا للفائده و حرصا علی جمیع عوارفه و طرائفه نذکرها هنا سردا کی تنضم الی القواعد التی استدرکها علی المجله و أوردها فی اولیات الجزء الأول و لکن أکثرها مسطوره فی کتب فقهاء الإمامیه، اما هذه فأکثرها من مبتکراته و قد یوجد بعضها فی کتب بعضهم و نحن نذکرها غفلا من غیر تعلیق و لا تنسیق و هی قواعد نفیسه و نافعه یستریح إلیها الفقیه و المتفقه فی استخراج حکم کثیر من الفروع الجزئیه التی ینطبق علیها قاعده من تلک القواعد الکلیه و التخریج و التطبیق، موکول الی أهل الفضل و التحقیق، و هی أیضا محتاجه إلی الشرح و التوضیح.

١ الدواعی لا تقید الأسباب ٢ کل وقف زال نفعه، جاز بیعه ٣ کلما جاز إجارته جاز وقفه و مالا فلا ۴ کل من ادعی مالا بلا معارض فهو له و ان لم یکن له

۵ کـل من یقبـل قوله فلاـ بـد معه من الیمین إلا فی موارد ۶ حکم التحالف فسـخ أو تراد أو تقسـیم ۷ الحرام لاـ یحرم الحلال ۸ الرضاع یحرم سابقا و لاحقا ۹ کل مقبوض بإذن الشارع أو المالک لا یضـمن إلا بالتعدی و کل مقبوض بدون أحدهما مضمون مطلقا ۱۰ الضـمان اشـغال ذمه نفسه عن الغیر، و الحواله اشغال ذمه الغیر عن نفسه ۱۱ لا یمین علی المـدعی الا فی ثلاثه مواضع، الاستظهار، الیمین المردوده القسامه ۱۲ کل وطی بلا عقد و لا زنا فمهر المثل و مع العقد و التسـمیه فالمسـمی و الا فمهر المثل، الزانی بـاغی و لاـ مهر لبغی ۱۳ کـل عقـد أو وطی لـذات بعـل أو معتـده مـع العلم بـالحکم و الموضوع یوجب التحریم الأبـدی بخلاف العقـد وحده مع الجهل ۱۴ کل طلاق لیابسه أو صـغیره أو قبل الـدخول فلا عـده له ۱۵ کـل من مات عنها زوجها فعلیها العده مطلقا ۱۶ کـل مـال مردد بین افراد فـإن کانت محصوره فالقرعه أو القسـمه صـلحا قهریا و الا فهو مجهول المالک ۱۷ کل وصی لیس له ان یوصی لغیره الا مع اذن الموصی

۱۷ کل وصـی لیس له ان یوصی غیره الا مع اذن الموصی ۱۸ کل وقف و مال میت لا ولی له فالولایه لحاکم الشـرع ۱۹ الولایه فی کل حسبه لحاکم الشرع أو مأذونه.

۲۰ کل متولی ینعزل بالخیانه.

۲۱ کـل من نصبته الامـانه عزلته الخیانه ۲۲ کـل قاصـر فولاـیته لأبیه وجـده الا من عرض له السـفه أو الجنون بعـد بلوغه فولایته لحاکم الشرع.

۲۳ ولایه الأب و الجد عرضیه ینفذ السابق و مع الاقتران و التنافی فالبطلان.

و إذا ألحقنا هـذه القواعـد بالقواعـد التی اسـتدرکها سـماحه الامام علی المجله الجزء الأول و هی اثنان و ثمانون یبلغ المجموعه مائه قاعـده و خمس، و بضـمیمه الملخص من المائه قاعده المذکوره فی أصل المجله البالغه خمس و أربعین بعد إرجاع بعضـها الی بعض و حذف المکرر یبلغ المجموع مائه و خمسـین قاعده کلیه یرجع إلیها الفقیه فی کثیر من الفروع و یستریح إلیها و تجد هذه القواعد قلیله الألفاظ کثیره المعنی غزیره الماده و هی تشبه ما وجدناه له فی بعض مجامیعه من الکلمات القصار المبنیه علی الحکم العـالیه و المعـارف السامیه و فصاحه الأسـلوب و براعه اللفظ- مثل قوله دامت برکاته- لو لا سـبق الوجود علی العـدم لما وجد شی ء.

و هـذه الجمله تنطوی مع و جازتها علی أقوی براهین التوحید و اسـمی قواعد الفلسـفه العالیه و إثبات الصانع یعرف ذلک اهله و مثل قوله یستطیع الإنسان ان یصیر ملکا، و لا یستطیع الملک ان یصیر إنسانا.

و مثل قوله: القوه فی الحق و لیس الحق فی القوه.

و أعلی من هذا قوله دام ظله: الحق اعمی حتی تأتی القوه فتقوده.

و قد ابتکر هذا المعنی ابتکاراً و صاغه أبدع صیاغه و أصاب به هدف الحقیقه.

و مثل قوله: خلق اللّه الأکل للإنسان و ما خلق الإنسان للأکل.

و قوله: النعم إذا شکرت کثرت، و إذا کفرت فرت.

الی کثیر من نظـائر هـذا ممـا لاـ مجال لإحصائه هنا، و انما ذکرنا هـذا القبس من ذلک النور علی سبیل النموذج و الطلیعه و کل مؤلفـاته تشـهد بما منحه اللّه من براعه الإنشاء و سـحر البیان الـذین بـذ فیه السابق و اللاحق و تفرد بـذلک فی عصـره و حیث ان جمیع مؤلفـاته ممتعه و عـالیه وجـدنا من تمـام الفائـده و کمـال المنفعه الإشـاره الی کـل واحـد منهـا و بیـان المطبوع منها و غیر المطبوع و تاریخ طبعه و البلد التی طبعت فیه کل ذلک فی ضمن هذه:

«الکلمه الثالثه»

اشاره

و رتبناه علی أبواب العلوم

الباب الأول مؤلفاته فی علم الحکمه و الفلسفه و القصائد

(۱) الآیات البینات یشتمل علی ثلاث رسائل رد الطبیعیه، نقض فتاوی الوهابیه، مزخرفات البهائیه.

طبع فی مطابع النجف سنه ۱۳۴۵ «۲» الدین و الإسلام.

طبع الأول و الثانی منه فی مطبعه دار السلام بغداد سنه ۱۳۲۹ ثم صودر القسم الأکبر منهما أیام سلطه الأتراک و ولایه ناظم باشا علی العراق ثم طبع ثانیا فی صیدا الأول ثم الثانی فی ما بعد الثلاثین و الف و ثلاثمائه.

«۳» الدین و الإسلام الجزء الثالث و الرابع لم یطبعا و أکثر موادهما موجوده.

«۴» أصل الشیعه و أصولها طبع فی صیدا مرتین و نفذت نسخهما و لو طبع عشر مرات لنفذ لشده الطلب. و یوشک ان یطبع الطبعه الثالثه «۵» المراجعات الریحانیه جزءان طبع الأول فی بیروت و الثانی فی صیدا حدود ۱۳۳۱ «۶» التوضیح جزءان طبع الأول فی صیدا و الثانی فی بغداد

سنه ۱۳۴۷ «۷» المیثاق العربی الوطنی طبع فی النجف فهذه عشره مجلدات مطبوعه کلها فی الحکمه و العقائد و أصول المعارف.

اما غیر المطبوع منها.

«۱۱» الدروس الدینیه. رتبه دروساً فی العقائد لطلاب مدرسته و أشار فیه الی الأدله بأسلوب بدیع.

«۱۲» حواشی علی الاسفار و الهدایه الاثریه.

«۱۳» حواشی علی العرشیه و رساله الوجود له أیضا.

(الباب الثانی) مؤلفاته فی علم الفقه و الأصول.

المطبوع منها.

«۱» حاشیه مفصله علی تبصره العلامه طبعت فی بغداد سنه ۱۳۳۸ یسعی جماعه من الذین رجعوا الیه بالتقلید فی ذلک العهد.

«۲» سؤال و جواب فی الفتاوی الفقهیه طبعت فی النجف سنه ۱۳۵۰ ثم طبعت ثانیا سنه ۱۳۵۵ «۳» وجیزه الاحکام دوره فقه تامه و کمتن من المتون الفقهیه و رساله عملیه للمقلدین طبعت فی النجف سنه ۱۳۶۰ «۴» حاشیه علی عین (الحیاه) الفارسیه لأخیه المرحوم حجه الإسلام الشیخ احمد رضوان اللّه علیه طبعت فی الهند

سنه ۱۳۴۵ «غیر المطبوع» شرح مبسوط علی «العروه الوثقی» لاستاذه حجه الإسلام آیه اللّه السید محمد کاظم الطباطبائی برز منه الی المبیضه مجلدان کتاب الطهاره و کتاب الصلاه فیه تنقیح و تحریر للأدلّه الفقهیه بأسلوب بکر و تحریر بدیع.

«۶» حاشیه مبسوطه علی مکاسب الشیخ الأعظم الشیخ مرتضی الأنصاری قدس سره فی المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات.

«۷» حواشی و فتاوی علی العروه الوثقی أیضاً یرجع إلیها المقلدون.

«۸» حواشی علی کتاب (سفینه النجاه) لأخیه المتقدم و هو کتاب جلیل دوره فقه تام و قد علق علیه سماحه الامام و هو مجلدان کبیران طبع الأصل فی النجف سنه ۱۳۳۸ و لم یطبع التعالیق علیه الی الآن.

«۹» رسائل متفرقه فی جمله من مشکلات الفقه.

(علم الأصول) غیر المطبوع «۱» (تنقیح الأصول) متن علی نحو الکفایه و فیه تحریر جدید لفن الأصول.

«۲» حواشی علی رسائل الشیخ المرتضی الأنصاری أعلی اللّه مقامه.

«۳» حواشی علی کفایه أستاذه آیه اللّه الخراسانی أعلی اللّه مقامه.

«۴» رساله فی الجمع بین الأحکام الظاهریه و الواقعیه و مراتب الحکم.

«۵» حواشی علی القوانین و الفصول.

(فن الأدب و علوم العربیه) «۱» سحر بابل و ترجمه الاعلام و الأفاضل طبع فی صیدا سنه ۱۳۳۱ و المقدمه و جمیع ما فیه من التراجم هی من قلمه الفیاض و کذلک تعالیق السید الحبوبی المطبوع فی بیروت بذلک التاریخ و وساطه القاضی الجرجانی.

غیر المطبوع «۲» مغنی الغوانی عن الأغانی اختصر کتاب الأغانی لأبی الفرج الأصبهانی عشرین جزءاً فی مجلد واحد کبیر و اختار منه کل ما فیه من شعر بدیع و قصه رائعه بحذف الأسانید و المکررات و قدم له مقدمه بارعه و الحق به فوائد جلیله، و فی الحق انه کنز من کنوز الأدب و هو موجود فی مکتبته العامه مبیضا بقلمه الفنان.

«۲» مجموعه منتخبه من شعره الذی أنشد فی عصر الشبیبه قبل ان یراهق و سماه (الأحسن من شعر الحسین)

«۳» منتخب من شعره فی سفره و حضره الذی أنشأه بعد العشرین من عمره الی الثلاثین و سماه (العصریات و المصریات) «۴» (نهزه السفر و نزهه السمر) رحلته الی سوریا و الحجاز بقصد الحج سنه ۱۳۳۹ و هی مجموعه مشحونه بالفوائد العلمیه و المطارح الأدبیه.

«۵» تعالیق علی أمالی السید المرتضی المطبوع فی مصر الطبعه القدیمه.

«۶» تعالیق علی أدب الکاتب لابن قتیبه و شرحه للسید البطلیوسی فیها تحقیقات نفیسه فی العربیه.

«۷» مجموعه فیما اختاره من الإشعار القدیمه و الحدیثه و الخطب البلیغه و الکلمات القصار من الأئمه المعصومین من فارسی و عربی ابتدأ بجمعها سنه ۱۳۲۰ و قال فی مقدمتها بعد الحمد و البسمله، هذه الکناشه مما جمعه بقلمه العبد محمد الحسین آل کاشف الغطاء عند التماس ترویح النفس و إجمام الخاطر، و تحمیض الذوق مما لم اعتمده قصدا، و لا قصدته ثواً و انما جاء عفواً، و حصل اتفاقا فانی کنت عند سیر بعض الاسفار و تقلیب بعض المؤلفات الأدبیه، إذا استحسنت شارده أو ظفرت بنادره من أبیات حکمه أو عظه بالغه أو نسیب یلعب بالالباب قیدت شاردها حذراً من ان تند عن الخاطر الی آخر ما نمق تراعه.

«۸» مجموعه ثانیه ابتدأ بجمعها سنه الثلاثین بعد الالف و الثلاثمائه عند سفره الی مصر و الحجاز و فیها مضافا الی الشعر الرائق العالی تحقیقات دقیقه و مباحث عمیقه فی الحکمه و العرفان و التصوف باللغتین العربیه و الفارسیه.

«۹» ثالثه مبوبه ذات فصول و عناوین سماها طرائف الحکم «۱۰» رحلته إلی إیران لزیاره الامام الرضا علیه السلام سنه ۱۳۵۲ «۱۱» رساله سماها (عقود حیاتی) ذکر فیها ترجمه حیاته و ما شاهد فیها من الحوادث المهمه من العقد الأول إلی بدء العقد السابع.

«۱۲» مجموعه کبیره واسعه سماها (دائره المعارف الصغری) جمع فیها أنفس ما سئل عنه فی الحکمه و الکلام، و أسرار الشرائع و الاحکام و فلسفه الإسلام مضافا الی الفتاوی الفقهیه التی سئل عنها مع أجوبتها الضافیه، و هذه المجموعه من أنفس مجامیعه و هی بحر متلاطم الأمواج.

(الکتب التی ترجمها من الفارسیه إلی العربیه) «۱» کتاب (فارسی هیئه) فی الهیئه القدیمه و کان یدرس فی النجف بعد (تشریح الأفلاک) للشیخ البهائی نقله إلی العربیه أحسن نقل حتی کأنه من رأسه.

«۲» رحله (ناصر خسرو) العلوی من وطنه بلخ الی

الحجاز سنه ۴۳۷ و تمام سفره الى سبع سنوات مر على عواصم الإسلام كمصر و سوريا و فلسطين و وصفها أبدع وصف و قد ترجمها سماحته باختصار.

«۳» رساله (حجه السعاده. فى حجه الشهاده) تأليف (صنيع الملک) ألفها بطلب مخدومه (السلطان ناصر الدين شاه) حيث اقترح عليه ان يشرح له وضعيه العالم و الممالک و الأمم فى سنه احدى و ستين التى وقعت فيها حادثه الطف مع ذكر الشهاده و وصفها من كتب الأجانب فجمع و اتفق و أبدع فيما جمع.

و قد نقل سماحته جمله مهمه منها مع المحافظه على الأصل.

(الخطب)

لو جمعت جميع خطبه التى ارتجلها فى المجتمعات العامه و النوادى الحافله و الجموع المحتشده، لجاءت بأكبر كتاب يشتمل على أكثر من مائه خطبه و كان سماحته إذا رقى المنبر ينصب مثل السيل المنحدر بأفصح بيان يخترق الاسماع الى القلوب و يخلب الألباب و لا ينقطع بأقل من الساعتين أو ثلاث ففى سفره الى المؤتمر الإسلامى فى القدس لم يدخل عاصمه من عواصم الإسلام إلا ـ و اجتمع الناس عليه و خطب عليهم الخطب البليغه من بغداد و الشام و بيروت و صيدا و صور و حيفا و جنين و القدس ذهابا و إيابا و خطب عند رجوعه من المؤتمر فى الحسينيه الكبرى فى الكرخ الليله الرابعه من شهر رمضان زهاء أربعه ساعات و كان ذلک النادى الحسينى قد غص بالمستمعين

من أكـابر الرجـال ثم خطب فى كربلاء كـذلك و فى النجف فى المسـجد الهنـدى ثم فى شوال فى مسـجد الكوفه و على هـذا المنوال سفره الى إيران لزياره الامام الرضا عليه السلام فقد خطب فى همدان و شيراز و المحمره و عبادان و البصره و الناصريه و الديوانيه و الحله و لكن من الأسف انه لم يطبع من تلك الخطب النفيسه إلا النزر القليل نذكرها فيما يلى:

(خطبه فلسـطين التاريخيه) طبعت فى بيت المقدس رجب سـنه ۱۳۵۰ (خطبه الاتحـاد و الاقتصـاد) فى جامع الكوفه طبعت منفرده فى النجف شوال سنه ۱۳۵۰ ثم طبعت هى و خطبه فلسطين فى البصره ثانيا.

(الخطب الأربع) طبعت فى النجـف فى مطبعه الراعى سـنه ۱۳۵۳ (نبـذه من السـياسه الحسـينيه) ألقاهـا كخطبه فى بيان الحكم و الاسـرار التى توخاها سـيد الشـهداء سلام اللّه عليه بحمل عيالاته المخدرات و تعريضهن للسبى و هى فريده فى بابها و قد طبعت فى النجف مرتين و نفذت.

ثم فى هذه السنوات الأخيره تدافع تيار علمه بهذه الاصداف المشحونه بالليالى المكنونه و هو كتاب (تحرير المجله) الذى

هو «حقه» مفخره من مفاخر هذا العصر شرع فی الجزء الأول سنه ۱۳۵۹ ثم تلاه الثانی سنه ۱۳۶۰ و الثالث ۱۳۶۱ و أتم الرابع و الخامس سنه ۱۳۶۲ و کان الطبع و النشر مساوقا للتألیف فکان تمام تألیفه مع تمام طبعه.

و من یتدبر فی الأوضاع العالمیه هذه السنوات و ارتباک الأفکار فیها و قلق النفوس و ذهول الألباب و تعسر عموم الحاجات خاصه أدوات الطبع و لوازمه من الورق و غیره لا یشک بأن تألیف مثل هذه الموسوعه و سرعه نشرها فی هذه الظروف القاسیه ممتدین من عنایه ازلیه و مدفوع بید غیبیه و ان همم الرجال تقلع الجبال، نعم و من یتدبر کثره مؤلفاته التی تربو علی الثمانین مما ذکرناه و ما لم نذکره لعدم عثورنا علیه فان له مؤلفات هو حریص علی کتمانها حسب الظروف، نعم من یستقصی تلک النفائس الجلیله مع کثره إشغاله الیومیه من تدریس و فتوی و حل الخصومات و المرافعات من النجف و خارجه و اقامه الجماعه و أمثال ذلک من الأعمال التی لا محیص له عنها، و لا معول علی سواء فیها.

و الشهره بلاء. و قدیما قیل: لا یزال الرجل لنفسه فإذا عرف کان لغیره، من نظر الی هذه النواحی من المواهب و أنصف یتجلی له ان هذه الشخصیه المبارکه من الطراز الأول من الأساطین کالشیخ المفید و السید المرتضی و الشیخ الطوسی الذین لم تزل آثارهم منشوره، و خدماتهم للدین مشکوره، و فی بعض الکتب

السـماويه: (من ثمـارهم تعرفونهم) و هـذه آثـاره النـافعه، و ثمـاره اليـانعه. سارت مسـير الشـمس فی أقطار الأرض. فهو أدام اللّه برکـات وجوده من افـذاذ الـدهر و نوابغ العـالم و اليه المفزع فی المشـکلات. و يحق ان تکون له الزعـامه الـدينيه. و تقصـر عليه المرجعيه العامه فی عموم المسـلمين فضـلا عن هـذه الطائفه. و ما ذکرنا ذلک الا مصارحه بالحق و خدمه للحقيقه. و اللّه الموفق للصواب و منه المبدء و اليه المآب.

صفحه سطر خطأ صواب ۳۱ ۱۱ العده أو العده الرجعيه أو

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبيوترية فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فی الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فی العلوم الإسلامية وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فی العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهی منظمة فی برامج إلكترونية وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبیّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فی المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فی الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فی ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها علی ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب علی موقع القائمية ويمكن تحميلها علی الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣۴۴٩٠١٢۵

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.